

UNIVERSITÉ AIX-MARSEILLE
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
CENTRE DE DROIT MARITIME ET DES TRANSPORTS

**L'APPLICABILITÉ DES CLAUSES DU
CONNAISSEMENT EN THAÏLANDE**

Mémoire pour l'obtention du
Master 2 Professionnel Droit des affaires, spécialité Transport maritime

Présenté par **Nattika SRIPHONGKUL**

Sous la direction de

Monsieur Christian SCAPEL

AIX-EN-PROVENCE

Année universitaire 2012-2013

REMERCIEMENTS

En préambule à mon mémoire, je voudrais exprimer mes remerciements les plus sincères à toutes les personnes qui ont contribué de près et de loin à l'élaboration du mémoire ainsi qu'à la réussite de cette magnifique année.

Je souhaite d'abord à adresser ma profonde gratitude à Monsieur Christian SCAPEL, le Directeur de mémoire qui m'a honorée de sa confiance en m'acceptant à rédiger ce travail. Je tiens également à le remercier pour ses conseils formidables, sa disponibilité et son support inestimable.

Mes remerciements sont adressés à Monsieur le Professeur Cyril BLOCH, le Directeur de Centre de Droit Maritime et des Transports (CDMT) et Monsieur le Professeur Pierre BONASSIES, Professeur à l'Université Aix-Marseille.

J'adresse également mes remerciements à l'ensemble des professeurs de Master 2 Professionnel Droit des affaires, spécialité transport maritime et aux membres du Centre de Droit Maritime et des Transports (CDMT).

Enfin, je tiens à remercier spécialement ma famille qui me fait confiance et m'encourage toujours et aussi mes amis en France et en Thaïlande qui m'aidaient beaucoup pendant cette année universitaire et ne me laissent jamais.

« Le bateau c'est la liberté, pas seulement le moyen d'atteindre un but »

Bernard MOITESSIER

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

LA CLAUSE DU CONNAISSEMENT RELATIVE À LA RESPONSABILITÉ

Titre 1 - Le cadre juridique dans le régime de responsabilité du COGSA B.E.2534
(1991)

Chapitre 1 - La détermination du champ d'application du COGSA B.E.2534 (1991)

Chapitre 2 - Les atténuations de la responsabilité de plein droit

Titre 2 - Le rapprochement de la responsabilité du transporteur et de l'entreprise de
manutention

Chapitre 1 - L'introduction de la clause Himalaya

Chapitre 2 - Les effets de la clause Himalaya

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

DEUXIÈME PARTIE

LES CLAUSES DU CONNAISSEMENT RELATIVES À LA PROCÉDURE

Titre 1 - Les condition lors d'un recours

Chapitre 1 - Les choix d'autonomie des parties au contrat de transport maritime

Chapitre 2 - La déchéance du recours : la prescription

Titre 2 - L'application des clauses dérogatoires au droit commun

Chapitre 1 - La mise en application de la clause de juridiction

Chapitre 2 - La conséquence de la clause de juridiction devant la juridiction thaïe

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

CONCLUSION

ABRÉVIATIONS

CCASS	Cour de cassation
COGSA	Carriage of Goods by Sea Act
DMF	Revue droit maritime français
LGDJ	Librairie général de droit et de jurisprudence
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil

INTRODUCTION

INTRODUCTION

La Thaïlande a commercé à faire du commerce international, notamment avec la Chine depuis l'époque *Sukhothai*.¹ Le transport maritime a été utilisé pour transporter les marchandises. C'est le début du transport de marchandises par mer en Thaïlande. Puis, à l'époque *Ayutthaya*², le commerce international et le transport maritime se sont développés de plus en plus. La vente s'est fait non seulement avec les pays asiatiques comme la Chine et le Japon mais aussi avec les pays européens comme le Portugal, la France, l'Angleterre, les Pays-Bas et l'Espagne³. Beaucoup de navires étrangers sont venus à *Ayutthaya*. Le commerce international a toujours continué jusqu'à l'époque *Krungthonburi*⁴. À cette époque, il existait un organe qui s'occupait spécialement du commerce international. Il a considérablement réussi. Et finalement, à l'époque du Roi Rama II⁵, un navire appartenant à la Thaïlande a pu prendre la mer, par exemple, vers le Singapour, le Cambodge et le Vietnam pour faire du commerce. Dès cette époque-là, le transport maritime a toujours été exercé jusqu'à nos jours.

Cependant, certaines remarques sont posées à savoir que « *chaque année, environ quatre-vingt-quinze pourcents de marchandises sont transportées par mer mais ces transports sont effectués par des navires étrangers. Ce n'est seulement que dix pourcents du trafic de marchandises qui sont effectués par les navires de nationalité thaïlandaise* »⁶ et « *le plupart des navires thaïs ont plutôt plus de quinze ans* »⁷. Alors, pour le transport de marchandise, le transport maritime est le mode de transport le plus populaire parmi tous les modes de transport en Thaïlande. Afin de développer le domaine du transport maritime, plusieurs lois relatives aux navires et au transport maritime ont été promulguées. Le droit maritime thaï peut être classé en deux catégories; le droit maritime public et le droit maritime privé.

¹ Entre les années 1249 et 1438

² Entre les années 1350 et 1767

³ EAGJARIYAKORN, (P.), *Maritime Law I*, Bangkok, Winyuchon, 6e édition, 2010, 98 p.

⁴ Entre les années 1767 et 1782

⁵ Entre les années 1809 et 1824

⁶ *Ib.*

⁷ *Ibid.*

En droit maritime public, environ six lois sont concernées⁸;

-*The Act on Navigation in Thai Waters B.E.2456 (1913)* : cette loi essaie d'organiser les trafics maritimes en Thaïlande. Elle contient des dispositions visant le contrôle des trafics et des dispositions visant les peines applicables par exemple la peine d'amende, la peine de prison et la suspension du certificat professionnel⁹.

-*The Thai Vessel Act B.E.2481 (1938)* : il s'agit d'une loi qui parle de l'attribution et la perte du pavillon thaï, ainsi que des droits et obligations des navires battant pavillon thaï. Cette loi est entrée en vigueur depuis longtemps et même si elle a été modifiée plusieurs fois, elle cause cependant certaine difficulté. Pour être propriétaire d'un navire battant pavillon thaï, les conditions imposées sont très lourdes et cela ne persuade pas les étrangers d'investir en Thaïlande¹⁰.

-*The Act on Port Authority of Thailand B.E.2492 (1949)* : cette loi a créé l'Autorité Portuaire de Thaïlande qui est une entreprise publique. Elle s'occupe des ports en Thaïlande.

-*The Act on Prevention of Collision of Ship B.E.2522 (1979)* : comme la Thaïlande a ratifié la Convention sur Règlement international de 1972 pour prévenir les abordages en mer (COLREG) depuis le 6 août 1979, la loi thaïe de 1979 a donc été adoptée afin de créer la cohérence entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique conventionnel. L'objectif de cette loi est d'éviter l'abordage.

Quant au droit maritime privé, il est en voie d'évolution grâce aux jurisprudences de la Cour suprême thaï. En comparant avec le droit maritime public, le droit maritime privé est plus récent car après le développement de la partie administrative, cela a été le moment pour le *business*. À peu près six lois relatives à la gestion maritime sont en vigueur afin de faciliter le secteur privé;

⁸ EAGJARIYAKORN, (P.), *Maritime Law I*, Bangkok, Winyuchon, 6e édition, 2010, 41-46 p.

⁹ Par exemple, la section 312 de la loi relative aux trafics maritimes dans les eaux thaïlandaises B.E.2456 (1913)

¹⁰ *Ib.*

-*The Arrest of Ships Act B.E.2534 (1991)* : il s'agit d'une loi au sujet de la procédure et des conditions d'exercice de la saisie conservatoire des navires et de la mainlevée de la saisie. Elle précise aussi la juridiction compétente.

-*The Ship Mortgage and Maritime Liens Act B.E.2537 (1994)* : la loi est relative à l'hypothèque maritime et au privilège maritime. Elle concerne la forme et la constitution de l'hypothèque maritime, ainsi que la conséquence du navire hypothécaire par exemple l'assiette de l'hypothèque et les droits et obligations du créancier et du débiteur. Pour le privilège maritime, la loi indique les créances qui constituent le privilège maritime et le rang de paiement des créanciers.

-*The General Average Act B.E.2547 (2004)* : cette loi a été adoptée grâce à la solidarité maritime lorsque le navire et les marchandises doivent se confronter aux événements en mer. Elle parle de la définition et le mode de calcul des avaries communes, ainsi que de la juridiction compétente.

-*The Marine Salvage Act B.E.2550 (2007)* : l'assistance maritime est une des institutions les plus anciennes et les plus justifiées en droit maritime en raison de la solidarité maritime. Alors, il faut que la définition et les droits et obligations du navire assistance et du navire assisté soient claires et certains puisque dans ce cas, la vie des marins et les marchandises sont mis en danger. La loi désigne le Centre de la cour de propriété intellectuelle et de commerce international comme la juridiction compétente lorsqu'une action serait intentée.

Toutefois, dans le secteur privé, la loi la plus importante en matière de transport maritime est le *Carriage of Goods by Sea Act B.E.2534 (1991)* ou le COGSA B.E.2534 (1991). Cette loi englobe la définition du transport maritime international, le connaissement, les droits et obligations du chargeur et du transporteur maritime, ainsi que les cas exceptés et la limitation de la responsabilité du transporteur. Même si le COGSA thaï a été beaucoup influencé par les conventions internationales¹¹ et les droits du transport maritime étrangers par exemple le droit japonais, coréen, taïwanais, français, américain et anglais¹² lors de

¹¹ Par exemple la Convention de Bruxelles de 1924 et les Règles de Hambourg.

¹² EAGJARIYAKORN, (P.), *Maritime Law 2*, Winyuchon, 6e édition, 2009, p.215-216.

sa rédaction, il existe toujours des points de convergence et des points de divergence entre le texte national et les textes conventionnels. Certaines dispositions du COGSA B.E.2534 (1991) se calquent sur la Convention de Bruxelles de 1924 ou les Règles de Hambourg, elles pourraient, quand même, être interprétées de manière différente par le juge thaï car chaque pays a sa culture juridique propre.

Théoriquement, grâce au principe de « liberté contractuelle », il est possible de dire que le contrat de transport maritime est la loi entre les parties au contrat. Le contrat tisse la relation contractuelle entre les parties par exemple entre le chargeur, le transporteur et le destinataire¹³. Le contrat de transport maritime contient beaucoup de clauses¹⁴ qui permettent de déterminer les droits et obligations des parties au contrat. C'est-à-dire, dans ce cas, deux dispositions sont relatives aux droits et obligations des parties au contrat de transport maritime; soit le COGSA B.E.2534 (1991) qui est le texte législatif, soit les clauses du contrat de transport maritime, précisément le connaissement dont les stipulations sont contractuelles. Qu'est-ce qui se passerait s'il y avait un conflit entre les dispositions législatives et les stipulations contractuelles ? Entre les dispositions législatives et les stipulations contractuelles, lesquelles seraient privilégiées ou applicables ?

Comme normalement, dans le principe de droit commun thaï, les stipulations contractuelles qui sont différentes de la loi peuvent être jugées valables, si elles ne sont pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs¹⁵. Mais si elles y sont contraires, elles sont déclarées comme nulles.

De ce fait, il est intéressant de poser la question de savoir si telle ou telle clause insérée au connaissement est applicable devant la juridiction thaïe. C'est la question de l'applicabilité des clauses du connaissement qui est prise en compte dans

¹³ Voir *infra* : intégration du destinataire dans le contrat de transport maritime

¹⁴ Par exemple la clause Paramount, la clause New Jason, la clause Himalaya, la clause de choix de la loi applicable, la clause de prescription, la clause d'arbitrage, la clause de juridiction, la clause both to blame, etc.

¹⁵ Section 150 du Code civil et commercial

cette étude. En ce qui concerne « l'applicabilité » des clauses du connaissement, c'est la capacité d'être applicable ou le « *caractère de ce qui est applicable* »¹⁶. Alors, elle englobe la question de la validité et de l'opposabilité des clauses. Au cas où une clause du connaissement est considérée comme valable et opposable aux parties au contrat de transport maritime, il est indispensable aussi de voir si elle est pleinement ou partiellement applicable ou si elle rencontre certaines limites lors de son application parce que le juge thaï a un pouvoir très puissant pour intervenir en matière d'applicabilité de ces clauses. Ce sont l'ordre public et les bonnes mœurs. Ce mécanisme pourrait faire penser si c'est une question de subjectivité et s'il pourrait engendrer une divergence entre le COGSA B.E.2534, les conventions internationales et la pratique maritime internationale.

En plus, cela fait vingt ans que le COGSA B.E.2534 (1991) n'a pas été modifié. Donc, certaines dispositions n'ont pas été mises à jour et ne correspondent plus à la pratique des clauses du connaissement qui se développent tout le temps. L'incohérence entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique conventionnel est une grande difficulté en matière de transport maritime international car le navire va partout à travers le monde.

La question de l'applicabilité des clauses du connaissement permet d'estimer l'effectivité et l'efficacité de ces clauses avec l'objectif visé au départ. Également, cette question peut aider à prévoir l'avenir de chaque clause du connaissement et cela donne beaucoup d'avantages lorsqu'un projet de modification du COGSA B.E.2534 (1991) est proposé. En outre, la cohérence entre le COGSA B.E.2534 (1991) et les conventions internationales, ainsi que la pratique maritime internationale peuvent internationaliser le droit maritime thaï.

Néanmoins, les clauses insérées au connaissement sont nombreuses et il est impossible d'approfondir toutes les clauses dans cette étude. Alors, certaines clauses

¹⁶ *Dictionnaire universel*, Paris, Hachette, 5e édition, 2008, p.72

sont choisies grâce à leur caractère fondamental pour le connaissance. Ce sont les clauses classiques qui sont toujours mentionnées au connaissance, autrement dit. Mais parmi ces clauses-là, devant la juridiction thaïe, certaines sont inapplicables, certaines sont applicables et certaines sont applicables dans certaines limites. Nous nous engagerons à étudier la doctrine, l'évolution, la pratique et les décisions de chaque clause devant la juridiction thaïe en comparant avec le cas de la France.

Tout d'abord, la première clause qui est choisie est la clause relative à la responsabilité. Lorsque le transport de marchandises par mer est effectué, beaucoup de personnes sont engagées par exemple le transporteur maritime et l'entreprise de manutention. Ce sont ces deux personnes contre lesquelles l'ayant droit à la marchandise intente souvent une action. Alors, il est nécessaire d'étudier d'abord le régime de la responsabilité du transporteur maritime parce que le régime de celui-ci est exceptionnel par rapport à celui du transporteur terrestre ou aérien. En cas de perte ou de dommage subis par la marchandise, le transporteur peut s'exonérer de toute responsabilité en invoquant les cas exceptés qui sont plus larges¹⁷ que ceux du droit commun. Même s'il est reconnu responsable, le transporteur peut, dans certaines situations, voir sa responsabilité limitée. Quant à l'entreprise de manutention, une tentative de lui appliquer le régime de responsabilité du transporteur maritime est faite. Cette tentative a réussi et a été introduite par « la clause Himalaya ». Cette clause permet à l'entreprise de manutention de se prévaloir des cas exceptés et de la limitation de responsabilité comme le transporteur maritime. Cependant, la loi française du 18 juin 1966 est plutôt unique sur ce point car elle précise directement le régime de responsabilité de l'entreprise de manutention et le législateur le calque sur celui du transporteur maritime. Par conséquent, la clause Himalaya n'est plus nécessaire pour l'entreprise de manutention en France. Mais ce n'est pas le cas de la Thaïlande où lors d'une perte ou d'un dommage causé à la marchandise, l'ayant droit à la marchandise intente, à la fois, une action contractuelle contre le transporteur maritime et, à la fois, une action délictuelle contre l'entreprise de manutention. Le bénéfice de l'action délictuelle

¹⁷ Par exemple article 4 de la Convention de Bruxelles de 1924 et l'article 27 de loi française du 18 juin 1966

contre l'entreprise de manutention est qu'en Thaïlande, le régime de responsabilité de l'entreprise de manutention n'est pas encore réglementé. Alors, l'entreprise de manutention n'est pas autorisée à s'exonérer de sa responsabilité ou à la limiter. Quand elle est jugée responsable, elle doit réparer intégralement. L'applicabilité de la clause Himalaya devant la juridiction thaïe reste douteuse (Partie 1).

Dans un second temps, à côté de la clause relative à la responsabilité, coexistent des clauses relatives à la procédure. La responsabilité du transporteur maritime et de l'entreprise de manutention n'est pas possible sans ce type de clauses. Grâce à ces clauses, les droits et obligations du transporteur ou de l'entreprise de manutention sont déterminés. Il s'agit, en premier lieu, de la clause de choix de la loi applicable. Comme « l'autonomie de la volonté » des parties au contrat de transport maritime est consacrée, les parties au contrat peuvent donc désigner la loi qui sera applicable à leur contrat et c'est alors cette loi qui indiquera les droits et les obligations des parties. Mais le problème se pose si les parties au contrat désignent la loi étrangère, peut-elle être appliquée devant la juridiction thaïe puisque la question de la loi applicable a un lien très étroit avec l'ordre public ? À propos de la prescription, elle est un des soucis en matière de transport maritime international. En cette matière, le délai de prescription est bref, la prescription peut être d'un délai annuel¹⁸ ou bien d'un délai de deux ans¹⁹. Il faut noter qu'il existe toujours le doute de savoir si elle peut être raccourcie ou prolongée. L'accord de la prolongation du délai de prescription est-il applicable devant le juge thaï ? En lisant les conventions internationales, elles prévoient un moyen de prolonger le délai de prescription mais le COGSA B.E.2534 (1991) est muet sur ce point. Le juge thaï est très sévère sur cette question en comparant la pratique maritime d'autres pays. Il prononce, parfois, la nullité de la clause visant la prescription en concluant son raisonnement qu'elle n'est pas conforme à l'ordre public. Ces deux clauses sont l'essentiel du contrat de transport maritime comme elles conditionnent le recours lors d'une action intentée. Étant donné que le transport maritime a le caractère international, il est probable que nous ayons plus d'une seule juridiction compétente dans la relation contractuelle.

¹⁸ Article 3 de la Convention de Bruxelles de 1924, article 32 de la loi du 18 juin 1966, section 46 du COGSA B.E.2534 (1991)

¹⁹ Article 20 des Règles de Hambourg

Alors, pour éviter le problème de l'incertitude de la juridiction compétente, la clause de juridiction est insérée au connaissement. Cette clause désigne la juridiction où les parties au contrat déposeront la requête lors d'une action intentée. En France, la clause de juridiction soulève beaucoup de difficultés, notamment la question de l'opposabilité au tiers porteur du connaissement ou au destinataire parce que cette clause est considérée comme la clause dérogatoire au droit commun. Mais en Thaïlande, la notion de clause dérogatoire au droit commun n'existe pas, il est intéressant de se demander comment le juge thaï règle ce problème. Donc, non seulement la clause relative à la responsabilité est importante en matière de transport maritime mais aussi les clauses relatives à la procédure (Partie 2).

PREMIÈRE PARTIE

LA CLAUSE DU CONNAISSEMENT RELATIVE À LA RESPONSABILITÉ

PREMIÈRE PARTIE

LA CLAUSE DU CONNAISSEMENT RELATIVE À LA RESPONSABILITÉ

Au delà d'un contrat de vente, nous pouvons trouver souvent un contrat de transport de marchandise par mer comme, en effet, le vendeur-chargeur doit s'acquitter de son obligation de livrer la marchandise. Quelquefois, une répercussion existe entre ces deux contrats. Selon la Cour de Cassation²⁰, les deux contrats sont distincts et indépendants. Alors, le régime juridique qui s'applique à ces deux contrats est différent. Le contrat de transport maritime a sa particularité. Il est un contrat tripartite qui crée une relation contractuelle entre le chargeur, le transporteur et le destinataire. Une grande question est posée de savoir comment intégrer le destinataire au contrat de transport comme celui-ci n'est pas présent lors de la conclusion du contrat. Certains disent que cette intégration peut se faire grâce à la notion de stipulation pour autrui. Mais cette idée est rejetée par l'argument historique du Doyen Ripert car les droits et les obligations du destinataire sont reconnus depuis le dix-septième siècle. Quant à la notion de stipulation pour autrui, celle-ci a été prise en compte dès le dix-neuvième siècle²¹. D'après le Doyen Rodière, c'est le *contrat sui generis* ou la nature des choses qui tisse le lien entre ces trois parties²².

Le contrat de transport maritime n'est pas un contrat réel comme le contrat de prêt d'un particulier ou celui de dépôt. La remise de la marchandise au transporteur n'a aucun effet sur la validité du contrat et la remise de la marchandise au destinataire contre le connaissement n'est que l'exécution du contrat. Donc, c'est le consentement des parties qui fait le contrat. Le contrat de transport maritime n'est pas soumis à des règles formelles. Il peut dès lors être conclu verbalement. Ce

²⁰ CCASS, 25 juin 1985, *Mercandia Transporter II*: dans cette affaire, c'est la vente sous les INCOTERMS « FOB ». Les risques d'avaries sont à la charge de l'acheteur. Le transporteur essaie de dire que le vendeur-chargeur n'a pas d'intérêt à agir pour exercer le recours. Seul l'acheteur en a le droit. Mais la Cour de Cassation ne retient pas cette hypothèse. Elle dit que le contrat de vente n'est pas le contrat de transport. Le transporteur n'est pas partie au contrat de vente. Donc, il ne peut pas se prévaloir des droits et des obligations des parties au contrat de vente.

²¹ BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.634-635.

²² *Ib.*

contrat est qualifié de contrat consensuel. Cependant, au niveau de la preuve, il faut un écrit. Cet écrit est souvent délivré sous forme de connaissance. Le connaissance a trois fonctions principales; le reçu de la marchandise, la preuve du contrat et le titre représentatif de la marchandise. Au verso du connaissance, sont toujours précisées les conditions générales du contrat de transport maritime. L'une des clauses du connaissance qui est très importante est la clause relative à la responsabilité, soit la responsabilité du transporteur, soit la responsabilité de l'entreprise de manutention. La responsabilité du transporteur pose relativement peu de problèmes car elle est réglementée par les conventions internationales et les lois internes. Quant à la responsabilité de l'entreprise de manutention, sa portée et sa limite sont incertaines. Lorsque les conventions internationales et les lois internes étendent le champ d'application du régime de responsabilité du transporteur, le régime de responsabilité de celui-ci ne s'applique qu'au préposé²³ au premier rang comme le capitaine²⁴. L'entreprise de manutention est toujours exclue du champ d'application. Elle ne peut invoquer ni cas exceptés ni limitation de responsabilité comme prévus pour le transporteur. Donc, l'ayant droit à la marchandise tente d'exercer l'action contre l'entreprise de manutention afin d'obtenir une réparation intégrale.

En pratique, pour que l'entreprise de manutention soit protégée, la clause Himalaya est insérée au connaissance. Cette clause permet à l'entreprise de manutention d'avoir le même régime de responsabilité que celui du transporteur. La clause stipule que « *tout préposé, agent ou entrepreneur indépendant employé par le transporteur bénéficierait des mêmes immunités et des mêmes limitations que le transporteur* »²⁵.

²³ Article 4bis de la Convention de Bruxelles de 1924, article 7§3 des Règles de Hambourg et article 28 de la loi de 1966

²⁴ BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.764.

²⁵ *Ib.*

Il est intéressant d'étudier, d'abord, le régime juridique de responsabilité du transporteur (Titre 1) afin de déterminer celui de l'entreprise de manutention lors de l'introduction de la clause Himalaya au connaissement (Titre 2).

TITRE 1 LE CADRE JURIDIQUE DANS LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DU COSGA B.E.2534 (1991)

Au regard de la Thaïlande, les conventions internationales ne sont pas souvent ratifiées à cause des problèmes posés par le principe de souveraineté de l'État et c'est aussi le cas des conventions internationales relatives au transport maritime. La Thaïlande n'a ratifié ni la Convention de Bruxelles de 1924, ni les Règles de Hambourg, ni celles de Rotterdam. Cependant, nous ne pouvons pas dire que la loi thaïe est unique ou indépendante et qu'elle n'est pas conforme aux conventions internationales.

Auparavant, il n'existait pas de loi spéciale qui ne traite que du transport maritime²⁶. Donc, le Code civil et commercial dans lequel est inséré le régime général de responsabilité du transporteur s'applique à tous les modes de transport y compris le transport maritime²⁷. Mais chaque type de transport a ses particularités, notamment le transport maritime. Il est impossible de créer un régime transversal de responsabilité pour tous les transports. Ainsi, pour poursuivre l'objectif de la section 609 de ce Code disant que « *le transport maritime est soumis à sa propre règle* », une tentative d'adopter la loi visant le transport maritime a été faite.

Comme les navires vont partout à travers le monde, il vaut mieux avoir des règles qui correspondent aux textes et aux pratiques internationales pour l'unification

²⁶ Bien que la section 609 du Code civil et commercial dise que le transport maritime est soumis à ses propres règles, à cette époque-là, la loi de transport maritime n'avait pas été édictée.

²⁷ Selon la série des décisions de la Cour suprême thaïe n° 5809/2539, 9193/2539, et 1418/2540 dit que le contrat de transport maritime conclu avant l'application du COGSA B.E.2534 (1991) est soumis au titre 3, chapitre 1 du Code civil et commercial qui était la loi applicable à ce moment-là. Dans son titre 3, chapitre 1, le transport des marchandises y est traité.

du transport maritime. Alors, non seulement la Convention de Bruxelles de 1924, les Règles de Visby et les Règles de Hambourg, mais aussi les lois étrangères²⁸ ont considérablement influencé le COGSA thaï qui a été adopté en 1991 et est entré en vigueur le 21 février 1992, nommé *Carriage of Goods by Sea Act B.E.2534 (1992)* ou COGSA²⁹.

Afin de connaître le régime de la responsabilité du transporteur, il est indispensable de déterminer *a priori* son champ d'application (Chapitre 1) et, ensuite, son contenu (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La détermination du champ d'application du COGSA B.E.2534 (1991)

Le COGSA B.E. 2534 (1991), ne s'intéresse seulement qu'au transport maritime et ses six chapitres sont consacrés aux droits et aux obligations du transporteur, au connaissance, aux droits et aux obligations du chargeur, aux responsabilités du transporteur, aux exonérations de la responsabilité du transporteur et à la limitation de la responsabilité du transporteur, ainsi qu'au mode de calcul de la réparation.

Le COGSA limite plutôt son champ d'application aux droits, aux obligations et à la responsabilité du transporteur (Section 1). Donc, la question se pose de savoir quel est le statut de l'entreprise indépendante, notamment, l'entreprise de manutention qui fait partie de l'opération de chargement et de déchargement (Section 2).

²⁸ EAGJARIYAKORN, (P.), *Maritime Law 2*, Winyuchon, 6e édition, 2009, p.215-216.

²⁹ Annexe 1

Section 1 : L'exclusion de l'entreprise de manutention du champ d'application

Le COGSA B.E.2534 (1991) vise principalement le transport de marchandises par mer. Dans cette loi, elle consacre les droits et les obligations du transporteur et du chargeur. Il est visible qu'aucune disposition ne concerne l'entreprise de manutention. La question s'est posée de savoir si l'entreprise de manutention pourrait être qualifiée de transporteur maritime. Si la réponse est « oui », elle pourra alors bénéficier des cas exceptés et de la limitation de responsabilité comme prévus pour le transporteur. Par contre, si la réponse est « non », elle sera exclue du champ d'application du COGSA.

Le COGSA s'applique lors d'un transport de marchandises par mer au départ de la Thaïlande ou à destination de la Thaïlande. C'est la même manière de rédiger le texte que celle de la loi française du 18 juin 1966 qui dit que « *le présent titre est applicable aux transports, effectués au départ ou à destination d'un port français [...]* ». Le critère géographique est utilisé pour déterminer le champ d'application. Le contrat de transport maritime est considéré comme un contrat où le transporteur prend en charge les marchandises et les transporte au départ d'un port ou d'un lieu d'un pays et à destination d'un port ou d'un lieu d'un autre pays. Alors, qui est le transporteur ? Une telle question est très importante car le régime de la responsabilité prévu par le COGSA donne au seul transporteur les bénéfices et seul celui-ci peut invoquer les cas exceptés et la limitation de la responsabilité.

Dans la section 3§1 du COGSA B.E.2534 (1991), elle définit qui est « le transporteur ». Le transporteur est une personne qui effectue régulièrement le transport de marchandises par mer contre le fret et c'est lui qui conclut le contrat de transport maritime avec le chargeur. Néanmoins, le COGSA B.E.2534 (1991) a été influencé par les Règles de Hambourg. Il fait, donc, connaître la nouvelle notion de transporteur. Il désigne ainsi, le « transporteur substitué ou *actual carrier* ». Le transporteur substitué est une personne qui ne conclut pas le contrat de transport maritime avec le chargeur mais il exécute le transport de marchandises, ou une partie

de ce transport confié par le transporteur. Ce genre de transporteur s'étend à toute autre personne à laquelle cette exécution est confiée. Cette notion se calque sur la disposition des Règles de Hambourg³⁰. Le COGSA thaï précise aussi que le transporteur substitué n'inclut pas la personne qui effectue la déclaration des douanes et le pilotage ou qui facilite l'entrée et la sortie d'un port. Il exclut explicitement la personne qui s'acquitte des opérations de mise à bord et de débarquement des marchandises³¹.

Bien que le COGSA B.E.2534 (1991) détaille le champ d'application, la confusion entre la notion de transporteur et d'entreprise de manutention persiste. Selon l'interprétation de la Cour suprême thaïe, par exemple, dans un arrêt n°6437/2541 (1998), la personne qui exécute le déchargement des marchandises et puis les livre à l'autorité du port fait partie de la chaîne de transport. À l'égard de l'ayant droit à la marchandise, elle doit participer à la répartition de la responsabilité lors d'un dommage. Pourquoi participe-t-elle à la réparation ? Est-elle transporteur maritime ? Toutefois, certains arrêts rapportent que le représentant du navire et du transporteur ne sont ni le transporteur ni le transporteur substitué. Dans l'arrêt n°2069/2543 (2000), le juge insiste que la personne qui décharge des marchandises et qui effectue la livraison ne peut être qualifiée de transporteur substitué. Il n'est pas le mandataire du transporteur pour l'exécution du transport de marchandises par mer. En raison de la distinction entre le transporteur, le transporteur substitué et l'entreprise de manutention, le régime de la responsabilité applicable est distinct.

Pour l'entreprise de manutention, en France, il existe deux notions différentes qui peuvent aussi se heurter. Du côté de la mer du Nord - de la Manche et de

³⁰ Article 1§2 des Règles de Hambourg

³¹ Même avant l'entrée en vigueur du COGSA B.E.2534 (1991), le transport maritime était soumis au Code civil et commercial. Il y a deux conceptions de l'entreprise de manutention. La première conception est celle où l'entreprise de manutention est considérée comme transporteur. S'il y a une perte et des dommages subis par la marchandise lors du chargement et du déchargement, à l'égard de l'ayant droit à la marchandise, l'entreprise de manutention participe à la réparation avec d'autres transporteurs. La seconde conception est que l'entreprise de manutention n'est pas considérée comme transporteur. Le transporteur et l'entreprise de manutention sont deux personnes différentes. Cette dernière est confirmée par l'arrêt de la Cour suprême n°3879/2525 (1982), *in* MAMAN, (P.), *Exemption and limitation of liability of stevedore*, Université Thammasat, 2004, p.50.

l'Atlantique, c'est le mot « *stevedore* » qui est le plus parlant. Il prend en charge le chargement, le déchargement et la garde des marchandises à terre sous la responsabilité du transporteur. Du côté méditerranéen, la notion du « *stevedore* » est élargie. C'est la personne qui s'occupe de la manutention. Elle est appelée « acconier ». Autre que les missions effectuées par le *stevedore*, l'acconier doit assurer la garde des marchandises à quai, même avant le chargement de la marchandise ou après le déchargement³². Donc, les missions de l'entreprise de manutention sont variables; la prise en charge de la mise à bord et le débarquement des marchandises sur le navire. Il s'occupe, peut-être, de la mise et de la reprise sous hangar et sur terre-plein. Elle opère la réception des marchandises transportées antérieurement par le transport terrestre; soit le camion, soit la remorque ou la réception, la garde et la livraison à terre des marchandises. Devant la juridiction française, la notion d'entreprise de manutention maritime est interprétée de façon stricte. Il existe donc la distinction entre l'entreprise de manutention maritime et l'entreprise de manutention terrestre³³. Dans l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2004, l'entreprise de manutention qui effectue le chargement du quai sur le camion n'entre pas dans le régime de la responsabilité de l'entreprise de manutention qui est prévu par la loi du 18 juin 1966³⁴ parce que cette opération ne peut pas être considérée comme la suite nécessaire du déchargement du navire. De ce fait, la qualification de la définition et le statut de l'entreprise de manutention sont indispensables car cela permet de déterminer le régime de la responsabilité applicable.

Section 2 : Le statut de l'entreprise de manutention

Les clauses FIO et FIOS permettent de transférer le coût et le risque des les opérations de chargement et de déchargement au chargeur ou au destinataire. En France, telles opérations sont les obligations fondamentales du transporteur maritime. Donc, ces clauses ne sont validées que partiellement. Le juge français

³² BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.460-461.

³³ *Ib.*

³⁴ Voir *infra*.

accepte seulement les clauses FIO et FIOS qui répartissent le coût parce que la répartition financière n'a rien à voir avec l'ordre public. Mais la répartition des risques de chargement et de déchargement au chargeur ou au destinataire n'est pas légale. Toutefois, le transporteur ne doit pas procéder lui-même aux opérations de chargement et de déchargement. Il peut les confier à une entreprise de manutention mais c'est lui qui est responsable en première ligne à l'égard de l'ayant droit à la marchandise. Et puis, il peut faire appel en garantie de l'entreprise de manutention. Par contre, en Angleterre, les clauses FIO et FIOS sont pleinement valables, non seulement du côté financier mais aussi du côté des risques. Le transfert des risques n'a pas le caractère d'ordre public. L'ayant droit à la marchandise peut prendre en charge ces opérations et dans ce cas là, le transporteur n'est plus responsable³⁵.

En Thaïlande, le droit maritime et les doctrines anglaises ont beaucoup d'influence sur le droit maritime thaï. Dans un arrêt de la Cour suprême, le juge décide que « *pour le transport maritime sous le terme FIOT, le chargement et le déchargement s'exécutent par le chargeur et le destinataire [...]. Le transporteur ne participe à aucun moment à ces opérations. En l'espèce, la perte et le dommage [de la marchandise] ne sont pas causés pendant le transport maritime. Le transporteur n'est donc pas, tenu responsable* »³⁶. Cet arrêt ne juge pas directement la validité de la clause FIOT. Mais il est possible d'en déduire que la clause FIOT est valable. Même à l'égard de l'ayant droit à la marchandise, c'est l'entreprise de manutention qui est tenue responsable en première ligne lors d'une perte ou d'un dommage subis par la marchandise pendant la mise à bord de la marchandise et le débarquement de la marchandise. La question s'est posée de savoir quel est le statut de l'entreprise de manutention car pour le juge thaïlandais, l'entreprise de manutention peut être appelée à répondre au premier rang lorsque l'ayant droit à la marchandise intente une action.

³⁵ *Pyrron v. Scindia, GH Renton and Co Ltd v. Palmyra Trading Corporation of Panama, Jindal Iron v. Islamic Solidarity*

³⁶ Arrêt de la Cour suprême n°3787/2543 (2000)

Bref, les obligations de chargement et de déchargement incombant normalement au transporteur pourraient être déléguées à l'entreprise de manutention.

Avant les années 1951, chaque propriétaire du port avait ses propres manutentionnaires parce que c'était un port privé. Puis après la promulgation du *the Act on Port Authority of Thailand B.E.2492 (1949)*, l'Autorité portuaire thaïlandaise a été réalisée. Grâce à cette loi, un arrêté ministériel B.E.2500 (1952) est édicté afin de réglementer certaines sortes d'entreprises de manutention, non seulement l'entrepreneur de manutention mais aussi le manutentionnaire. D'après cet arrêté ministériel, la profession d'entrepreneur de manutention et de manutentionnaire n'est réglementée que dans certains ports. L'arrêté énonce que l'entrepreneur de manutention qui exerce son exploitation dans le port prévu doit soumettre une forme de demande de manière à être enregistré. Quant au manutentionnaire, la règle de la soumission à la forme de demande lui est aussi applicable. En plus, certains critères sont imposés; des conditions physiques pour le manutentionnaire, ainsi que des conditions de moralité. L'entrepreneur de manutention et le manutentionnaire sont soumis à une réglementation seulement pour les conditions d'accès au travail. Quant au régime de la responsabilité, il n'est mentionné par aucun texte.

Comme le travail de l'entreprise de manutention reste toujours attaché au transporteur maritime, il est bon de connaître tout d'abord le régime de la responsabilité du transporteur afin de déterminer quel est le régime propre de l'entreprise de manutention.

Chapitre 2 : Les atténuations de la responsabilité de plein droit

La relation contractuelle entre le transporteur et le chargeur est basée sur le contrat de transport maritime. Théoriquement, ils peuvent déterminer librement leurs droits et leurs obligations. Par contre, ce n'est pas le cas dans la pratique. Le chargeur n'a pas la liberté de négociation par exemple dans le transport de

conteneurs, des milliers de conteneurs sont transportés à la fois. Il n'est pas possible pour tous les chargeurs de négocier avec le transporteur parce que cela prendrait beaucoup de temps et compliquerait la situation. Donc, le contrat de transport est considéré alors comme un contrat d'adhésion. Cela engendre ainsi un déséquilibre entre les parties au contrat de transport. Au départ, le transporteur insère la clause d'exonération de ses responsabilités. Cette clause s'appelle la « *negligence clause* ». Avec la *negligence clause*, le transporteur s'est exonéré de toute responsabilité. Elle était jugée pleinement légale par la Cour de cassation³⁷.

Au regard de la législation thaïe, avant l'entrée en vigueur du COGSA B.E.2534 (1991), la section 625 du Code civil et commercial prévoit que « *le connaissance ou document similaire qui permet de s'exonérer de la responsabilité ou de limiter la responsabilité du transporteur, de telle stipulation est jugées non valables sauf si le chargeur les accepte expressément* ». La Cour suprême a confirmé que la clause relative à l'exonération ou à la limitation de la responsabilité du transporteur insérée au verso du connaissance ne peut être valable sauf acceptation spéciale du chargeur³⁸. C'est-à-dire, le transporteur peut s'exonérer ou limiter largement ses responsabilités à la seule condition de l'acceptation du chargeur.

Afin de créer l'équilibre entre le transporteur et le chargeur, les Américains ont adopté un texte national, « *Harter Act* » et ont écarté la clause de négligence par l'introduction de la notion de responsabilité de plein droit ou celle de la présomption de responsabilité.

La Convention de Bruxelles de 1924 suit le chemin tracé par l'*Harter Act*. La responsabilité du transporteur est fondée sur le principe de la responsabilité de plein droit. C'est aussi le cas de la loi française du 18 juin 1966, même si ces deux textes sont rédigés de manière différente. Quant aux Règles de Hambourg, le transporteur n'est pas responsable s'il prouve que lui-même, ou ses préposés ou ses mandataires

³⁷ CCASS, 20 janvier 1869

³⁸ Arrêt de la Cour suprême n° 1112/2530 (1987)

ont pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées pour éviter l'événement et ses conséquences. Ces règles engendrent la confusion si la responsabilité du transporteur sous l'empire des Règles de Hambourg est fondée sur la responsabilité de plein droit ou de faute présumée³⁹. Mais le but de ce texte est vise à alourdir la responsabilité du transporteur. Il serait bizarre si le transporteur était capable de s'exonérer de ses responsabilités en prouvant l'absence de faute. Pour être fidèle au but visé initial, ce texte doit être interprété dans le sens où le transporteur a une responsabilité de plein droit.

Conformément au COGSA B.E.2534 (1991), le principe de la responsabilité du transporteur est proche de celui prévu par la Convention de Bruxelles de 1924⁴⁰. Mais il est différent dans son domaine d'application.

D'abord, pour le domaine d'application, « dans le temps », prévu par la Convention de Bruxelles de 1924, la responsabilité de transporteur commence dès le chargement jusqu'au déchargement. Puis, pour la loi française du 18 juin 1966, le transporteur est responsable depuis la prise en charge de la marchandise et il se libère lors de sa livraison. D'après la loi française, c'est le critère abstrait qui est pris en compte. Donc, le décret du 31 décembre 1966 vient à préciser de manière concrète que « [...], le transporteur procède de façon appropriée et soigneuse au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde et au déchargement de la marchandise ». Quant au COGSA B.E.2534 (1991), le domaine d'application est plus détaillé. Le transporteur doit être responsable lorsqu'il prend en charge la marchandise jusqu'à ce qu'il ait effectué la livraison. La loi précise que le transporteur prend en charge la marchandise quand le chargeur ou l'autorité au port lui remet la marchandise et elle détermine aussi le moment de la livraison⁴¹. Il existe trois critères alternatifs pour l'accomplissement de la livraison; soit le transporteur

³⁹ BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.724-725.

⁴⁰ EAGJARIYAKORN, (P.), *Maritime Law 2*, Winyuchon, 6e édition, 2009, p.322.

⁴¹ La section 39 du COGSA B.E. 2534 (1991)

¹⁵ La section 40 du COGSA B.E. 2534 (1991)

remet la marchandise au destinataire, soit le transporteur exécute l'obligation prévue par le contrat de transport, la loi applicable ou la tradition commerciale du port de destination lorsque le destinataire est absent, soit le transporteur remet la marchandise à l'autorité compétente⁴².

Ensuite, pour le domaine d'application, « dans l'espace », la Convention de Bruxelles de 1924 ne traite que les pertes ou dommages subis par la marchandise. Elle exclut le cas du retard s'il n'affecte pas l'état physique de la marchandise parce que quand il y a le dommage physique, il entre dans le champ de dommage subi par la marchandise. Donc, la responsabilité de plein droit n'est pas applicable au dommage financier et à la perte du marché. La raison pour laquelle la Convention ne couvre pas le cas du retard, c'est qu'auparavant, le transport maritime était incertain dans le temps, à cause de l'incertitude et l'imprévisibilité de la mer. Mais les Règles de Hambourg souhaitent imposer une responsabilité plus lourde au transporteur, elle étend le champ des dommages couverts. Son article 5 dit que « *le transporteur est responsable du préjudice résultant des pertes ou dommages subis par les marchandises ainsi que du retard à la livraison* ».

En comparant la loi française du 18 juin 1966 et le COGSA B.E.2534(1991) avec ces deux textes internationaux, la loi de 1966 se rapproche de la Convention de Bruxelles de 1924. Donc, devant le tribunal français, le juge ne retiendra pas, non plus, le préjudice financier à cause du retard à la livraison. Contrairement au COGSA thaï, lorsque la marchandise est sous la garde du transporteur, le transporteur engage sa responsabilité pour la perte, le dommage⁴³ et le retard à la livraison.

La raison pour laquelle le transporteur est présumé responsable, c'est que le dommage ayant lieu pendant le transport maritime, est causé par divers facteurs

⁴³ Arrêt de la Cour suprême n°1263/2543 (2000) : le transporteur est responsable pour le dommage causé à la marchandise qui est sous la garde du transporteur. Les engrais se mouillent lorsqu'ils se trouvent sous la garde du transporteur, celui-ci est donc responsable du dommage.

quelquefois inconnus. Il est donc, difficile pour l'ayant droit à la marchandise de prouver la cause du dommage ainsi que la faute du transporteur. Pour éviter ce problème, lors d'un dommage subi par la marchandise, le transporteur est toujours présumé responsable sauf s'il démontre l'existence de cas exceptés qui sont plus larges que ceux énoncés par le droit commun (Section 1). En outre, même s'il est responsable, il peut limiter sa responsabilité (Section 2). Ce sont les deux mécanismes permettant d'altérer la responsabilité de plein droit.

Section 1 : Les allègements à la responsabilité de plein droit: les cas exceptés

Lorsque la responsabilité du transporteur maritime est alourdie par la présomption de responsabilité, le législateur crée aussi une contrepartie. Ce sont les cas exceptés. Il y a dix-huit cas prévus par la Convention de Bruxelles de 1924 et neuf cas par la loi du 18 juin 1966. Quant au COGSA B.E.2534 (1991), il en retiendra dix-sept. La diversité des nombres des cas exceptés dépend de la façon de rédiger le texte mais ces trois textes ont, quand même, le même catalogue de cas exceptés. Selon le *Traité de droit maritime* de M.BONASSIE et M.SCAPEL, les cas exceptés peuvent être classés en trois catégories. Ce sont les événements extérieurs non imputables au transporteur, la faute du chargeur et le fait de la marchandise, et les événements relatifs à l'exploitation du navire.

La première catégorie revête les événements extérieurs non imputables au transporteur. Beaucoup de cas exceptés sont les mêmes parmi ces trois textes ci-dessus par exemple des périls ou accidents de la mer ou dans d'autres eaux navigables⁴⁴. D'après la Cour suprême thaïe⁴⁵, la tempête qui vient de Mer de Chine méridionale est toujours de nature prévisible. Le transporteur peut prendre des mesures pour l'éviter. Donc, cette tempête ne peut pas être reconnue comme un péril de la mer.

⁴⁴ L'article 4§2 c) de la Convention de Bruxelles de 1924, l'article 27 d) de la loi de 1966, la section 52 (2) du COGSA B.E.2534 (1991)

⁴⁵ Arrêt de la Cour suprême n°4581/2552 (2009)

En cas de force majeure, la Convention de Bruxelles de 1924 n'utilise pas le mot « force majeure » mais l'acte de Dieu⁴⁶ qui est la notion utilisée par le *Common law*. Devant la juridiction thaïe, la définition de la force majeure est donnée par le Code civil et commercial qui dit que la force majeure est l'événement causant une situation inévitable ou en résultant, même si les mesures raisonnables afin de l'empêcher avaient été prises. La tempête en Mer de Chine méridionale⁴⁷ ne peut pas être qualifiée, non plus, comme cas de force majeure. À propos des faits de guerre⁴⁸, émeutes et troubles civils⁴⁹, il y a très peu d'exemples. Le COGSA B.E.2534 (1991) y ajoute aussi un autre cas excepté, c'est l'acte de terrorisme.

Le fait d'ennemis public ou l'acte de piraterie⁵⁰ est aussi admis pour exonérer la responsabilité du transporteur parce que le navire et l'équipage ne sont pas équipés pour lutter contre les pirates. Il existe deux concepts différents de l'acte de piraterie entre le transport maritime soumis à la Convention de Bruxelles de 1924 et celui soumis à la loi du 18 juin 1966. Pour le transport maritime international⁵¹, la Cour de cassation ne reconnaît pas une attaque de navire commise en bande et à fortiori dans les eaux territoriales comme un acte de piraterie⁵². La question est posée de savoir si l'acte de piraterie doit être commis en haute mer. Mais telle question ne se pose pas pour le cabotage national cité dans la loi de 1966. Ce dernier est écrit de façon concise. L'acte de piraterie est classé dans le cas excepté de l'événement non imputable au transporteur. Cependant, pour la juridiction thaïe, le juge n'a pas encore rendu de décision visant la piraterie. Donc, il sera intéressant de voir si le juge retient la notion traditionnelle comme cela avait été fait dans l'arrêt de la Cour de cassation de 1989⁵³.

⁴⁶ L'article 4§2 d) de la Convention de Bruxelles de 1924, la section 52 (2) du COGSA B.E.2534 (1991)

⁴⁷ Arrêt de la Cour suprême n°4581/2552 (2009)

⁴⁸ L'article 4§2 e) de la Convention de Bruxelles de 1924, la section 52 (3) du COGSA B.E.2534 (1991)

⁴⁹ L'article 4§2 k) de la Convention de Bruxelles de 1924, la section 52 (4) du COGSA B.E.2534 (1991)

⁵⁰ L'article 4§2 f) de la Convention de Bruxelles de 1924, l'article 27 d) de la loi de 1966, la section 52 (8) du COGSA B.E.2534 (1991)

⁵¹ La Cour de cassation applique la Convention de Bruxelles de 1924.

⁵² CCASS, 14 février 1989

⁵³ Voir *infra*.

Le fait du prince, la restriction quarantaine, la grève et le lock-out sont les points de convergence de cas exceptés entre la Convention de Bruxelles de 1924 et la loi du 18 juin de 1966, ainsi que pour le COGSA B.E.2534 (1991)⁵⁴. Mais la cause de la saisie ou la confiscation du navire ne doit pas provenir de la faute du transporteur ou de sa négligence.

Bien que le COGSA B.E.2534 (1991) énumère de nombreux cas exceptés, il ne peut pas englober tous les événements. Donc, il est alors nécessaire d'avoir un cas excepté « fourre-tout »⁵⁵. D'après le COGSA B.E.2534 (1991), le transporteur peut s'exonérer en prouvant que le dommage n'incombe pas du fait de sa faute ou de sa négligence, de ses représentants ou de ses préposés. Dans un arrêt de la Cour suprême, le conteneur est arrivé à destination en bon état mais la marchandise dans lequel elle était endommagée. Cela démontre que le dommage n'est pas causé par la faute ou la négligence du transporteur comme il n'y a pas de problème visant le conteneur soi-même. Il s'exonère donc de toute sa responsabilité⁵⁶.

La deuxième catégorie est relative à la faute du chargeur et au fait de la marchandise⁵⁷. Pour le cas excepté de faute d'emballage, le COGSA B.E.2534 (1991) permet au transporteur d'échapper à la responsabilité en cas de vice d'emballage du chargeur ou du destinataire. Lorsque la marchandise sous la garde du transporteur est endommagée, il doit être tenu responsable sauf s'il prouve que le dommage a été provoqué par la faute du chargeur ou par celle du destinataire ou par la nature propre de la marchandise⁵⁸. La nature propre et le vice propre de la marchandise sont aussi des cas exceptés du fait d'eux-mêmes. Toutefois, le COGSA B.E.2534 (1991) ne parle pas du cas de la freinte de route mais elle peut être considérée comme la modalité du vice propre. Par exemple le vin s'évapore ou l'humidité du café part et il sèche, ces deux marchandises perdent du poids à

⁵⁴ L'article 4§2 g), h), j) de la Convention de Bruxelles de 1924, l'article 27 d) de la loi de 1966, la section 52 (5), (6), (7) du COGSA B.E.2534 (1991)

⁵⁵ L'article 4§2 q) de la Convention de Bruxelles de 1924, l'article 27 d) de la loi de 1966, la section 52 (13) du COGSA B.E.2534 (1991)

⁵⁶ Arrêt de la Cour suprême n°1638/2549 (2006)

⁵⁷ L'article 4§2 i), n), o) de la Convention de Bruxelles de 1924, l'article 27 f), g), h) de la loi de 1966, la section 52 (9), (10), (11) du COGSA B.E.2534 (1991)

⁵⁸ Arrêt de la Cour suprême n°6589/2542 (1999)

l'arrivée. Donc, la freinte de route trouve son application dans le vice propre de la marchandise.

La dernière catégorie est relative à l'exploitation du navire dans laquelle le sauvetage est inséré. La section 55 du COGSA B.E.2534 (1991) dit que « *le transporteur n'est pas responsable pour la perte, le dommage ou le retard à la livraison résultant des mesures prises pour le sauvetage des personnes ou des biens sauf en cas d'avarie commune* ». Néanmoins, les mesures prises doivent être proportionnelles. Si ces mesures ne répondent pas au principe de la proportionnalité, le transporteur sera responsable. Ce cas excepté est le plus justifié grâce à la solidarité des gens en mer. Le COGSA B.E.2534 (1991) est rédigé de manière différente de la Convention de Bruxelles de 1924 et la loi du 18 juin 1966⁵⁹. Le COGSA thaï ne traite pas du tout le cas de tentative de sauvetage comme indiquée dans la Convention de Bruxelles de 1924 ou dans la loi française de 1966. La question se pose de savoir si la tentative de sauvetage exonérerait la responsabilité du transporteur devant la juridiction thaïe.

À propos de l'incendie⁶⁰, le COGSA B.E.2534 (1991) prévoit deux petits cas à s'exonérer de toute responsabilité. Le transporteur est autorisé à s'exonérer lors d'une perte, un dommage et un retard à la livraison résultant d'un incendie⁶¹ (Section 53) ou des mesures prises afin d'éteindre, d'éviter ou d'alléger l'incendie⁶² (Section 54). Mais il faut que l'incendie ne provienne pas de la faute ou la négligence du transporteur ou celles de ses représentants ou de ses préposés. Cela incombe à l'ayant droit à la marchandise de le prouver.

Pour le cas excepté d'innavigabilité, l'article 4§2 de la Convention de

⁵⁹ L'article 4§2 l) de la Convention de Bruxelles de 1924, l'article 27 i) de la loi de 1966

⁶⁰ L'article 4§2 b) de la Convention de Bruxelles de 1924, l'article 27 c) de la loi de 1966

⁶¹ Arrêt de la Cour suprême n°7591/2542 (1999) : La charge de la preuve qui prouve que toutes les mesures prises ont été mises en œuvre incombe au transporteur.

⁶² Arrêt de la Cour suprême n°7591/2542 (1999) : Les équipements relatifs à éteindre l'incendie et l'extincteur ne sont pas armés sur le navire. Les personnes spécialisées ne sont pas là. Il est, donc, impossible de dire que les mesures propres et raisonnables ont été prises afin d'éviter cette situation. Le transporteur ne peut donc pas s'exonérer de sa responsabilité.

Bruxelles de 1924 dit que « *ni le transporteur ni le navire ne seront responsables des pertes ou dommages provenant ou résultant de l'innavigabilité, à moins qu'il ne soit imputable à un manque de diligence raisonnable de la part du transporteur à mettre le navire en état de navigabilité ou à assurer au navire un armement, équipement ou approvisionnement convenables ou à approprier et mettre en bon état les cales, chambres froides et frigorifiques et toutes autres parties du navire [...]* ». Dans ce cas-là, le transporteur qui invoque le cas excepté doit prouver son exercice de « *due diligence* ». Mais la *due diligence* n'est pas la condition d'accès au cas excepté. Le COGSA B.E.2534 (1991) prévoit ce cas excepté de la même façon que la Convention de Bruxelles de 1924 et y ajoute que s'il y a un défaut visant l'obligation de diligence lorsque la marchandise est à bord du navire ou lorsque le navire a déjà quitté le port, le transporteur doit fixer la situation au plus vite⁶³.

Quant à la faute nautique, elle existe encore à cause du compromis entre la responsabilité de plein droit du transporteur et la nullité de la clause de négligence. La faute nautique est retenue, même par le *Harter Act*. La faute nautique est consacrée dans l'article 4§2 a) de la Convention de Bruxelles de 1924 et l'article 27 b) de la loi de 18 juin 1966. Cependant, elle est écartée par les Règles de Hambourg et les Règles de Rotterdam. Sur ce point, le COGSA B.E.2534 (1991) ressemble aux Règles de Hambourg et aux Règles de Rotterdam. La faute nautique comme la faute de navigation ou comme la faute de l'administration du navire n'a pas été retenue par le COGSA thaï. Il existe seulement le cas excepté relatif à la navigation sous la direction de pilotage⁶⁴.

Si la perte, le dommage ou le retard à la livraison ne proviennent pas de ces cas exceptés, le transporteur doit être tenu responsable. Toutefois, le transporteur est tenu responsable soit intégralement, soit partiellement.

⁶³ La section 7 du COGSA B.E.2534 (1991)

⁶⁴ La section 52 (12) du COGSA B.E.2534 (1991)

Section 2 : La limitation de responsabilité

Quand le transporteur est responsable de la perte, du dommage ou du retard à la livraison parce qu'il ne réussit pas à prouver l'existence de cas exceptés énumérés dans le COGSA B.E.2534 (1991), il peut limiter sa responsabilité. C'est la limitation légale. Celle-ci est prévue par la loi, le transporteur en bénéficie même en l'absence d'accord contractuel entre les parties au contrat.

Selon le COGSA thaï, la limitation de responsabilité ou de réparation ne couvre que la perte, le dommage ou le retard à la livraison. Le plafond de limitation de responsabilité peut être classé en trois catégories⁶⁵. Premièrement, en cas de perte ou du dommage de la marchandise. Le transporteur peut limiter sa responsabilité à 10 000 baths par colis ou 30 baths par kilo et la limite la plus élevée est applicable⁶⁶. La limitation de responsabilité ne s'applique que pour la perte et le dommage de la marchandise. Quand le transporteur livre la marchandise à une personne, autre que le destinataire, il ne peut pas limiter sa responsabilité lorsque ce n'est pas la perte ou le dommage subi par la marchandise⁶⁷. C'est le préjudice causé au destinataire.

Deuxièmement, en cas de retard à la livraison, la responsabilité du transporteur est limitée à une somme correspondant à deux fois et demie le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard, mais n'excède pas le montant total du fret payable en vertu du contrat de transport maritime⁶⁸. La responsabilité du transporteur pour le retard visé dans le COGSA B.E.2534 (1991) calque sur celle des Règles de Hambourg. Le préjudice peut être physique et financier.

⁶⁵ EAGJARIYAKORN, (P.), *Maritime Law 2*, Winyuchon, 6^e édition, 2009, p.353-360.

⁶⁶ La section 58§1 du COGSA B.E.2534 (1991)

⁶⁷ Arrêt de la Cour suprême n°9335/2544 (2001)

⁶⁸ La section 58§3 du COGSA B.E.2534 (1991)

Troisièmement, si le transporteur est responsable pour le dommage et le retard à la livraison en même temps, le montant maximum est limité comme le cas de la perte ou du dommage subi par la marchandise⁶⁹.

La limitation de responsabilité du transporteur est un grand avantage pour celui-ci parce que le montant fixé est très bas. Mais cette contrepartie de la responsabilité de plein droit ne fonctionne pas toujours. Le montant indiqué peut être déplafonné pour plusieurs raisons, par exemple lorsque le transporteur, ses représentants ou ses préposés commettent la faute intentionnelle ou témérement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement⁷⁰, dit la faute inexcusable ou, aujourd'hui, la faute de témérité. Dans ce cas, il est interdit au transporteur de bénéficier de la limitation de responsabilité⁷¹.

Le COGSA prévoit aussi que le chargeur et le transporteur peuvent se mettre d'accord sur le montant de la réparation et qu'il est supérieur à celui fixé par la loi, un tel montant s'applique⁷² mais la stipulation entre le chargeur et le transporteur doit être insérée au connaissement. Normalement, il n'est pas fait courant que le transporteur augmente le montant de la limitation de responsabilité. Mais cela arrive, quand même, pour des raisons commerciales. Quant au cas de la déclaration de valeur⁷³. Cet accord est aussi légal puisque il n'est pas la clause visant la dérogation à la responsabilité du transporteur et le transporteur doit assumer une responsabilité plus lourde.

Étant transporteur maritime, il bénéficie des cas exceptés plus large que le droit commun lui concède et de la limitation de responsabilité dont le montant est absolument bas. Cependant, les opérations de transport de marchandises par mer ne se limitent pas que pendant que le navire est en mer. Il y a aussi les opérations de

⁶⁹ La section 58§4 du COGSA B.E.2534 (1991)

⁷⁰ La section 60 (1) du COGSA B.E.2534 (1991)

⁷¹ Arrêt de la Cour suprême n°9319/2542 (1999)

⁷² La section 60 (2) du COGSA B.E.2534 (1991)

⁷³ La section 60 (4) du COGSA B.E.2534 (1991)

chargement et de déchargement. Théoriquement, dans la loi du 18 juin de 1966, le chargement et le déchargement sont les phases impératives qui incombent au transporteur. Pratiquement, le transporteur les confie à l'entreprise de manutention. C'est une profession réglementée dans certains pays comme la France. Mais ce n'est pas le cas de la Thaïlande. Donc, il est indispensable de chercher quelle est la responsabilité de l'entreprise de manutention.

TITRE 2 LE RAPPROCHEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR ET DE L'ENTREPRISE DE MANUTENTION

Comme le transporteur bénéficie des cas exceptés et de la limitation de responsabilité, il est possible que l'ayant droit à la marchandise ne reçoive pas une réparation intégrale. Afin d'être réparé intégralement, l'ayant droit à la marchandise cherche à poursuivre l'entreprise de manutention au lieu du transporteur parce que le COGSA B.E.2534 (1991) exclut l'entreprise de manutention de son champ d'application. Donc, le régime de responsabilité de droit commun s'applique à l'entreprise de manutention. Cela pose beaucoup de difficultés à l'entreprise de manutention et aussi à l'ayant droit à la marchandise. La question posée est de savoir comment l'entreprise de manutention pourrait être poursuivie par l'ayant droit à la marchandise puisque c'est souvent le transporteur qui conclut le contrat de manutention avec l'entreprise de manutention (Chapitre 1). Surtout, le contrat de manutention et le contrat de transport sont distincts. L'ayant droit à la marchandise n'a aucun lien contractuel avec l'entreprise de manutention. Le contrat de manutention est qualifié d'un contrat d'entreprise comme d'autres. En comparant avec le transport aérien, le préposé ou le mandataire du transporteur aérien sont soumis au droit aérien. L'entreprise de manutention pourrait être considérée comme le préposé du transporteur aérien. Alors, le droit aérien comme la Convention de Varsovie de 1929 ou la Convention de Montréal de 1999 s'applique à l'entreprise de manutention. Il bénéficie des mêmes cas d'exonération et du même montant de limitation de responsabilité que le transporteur aérien. En ce qui concerne le transporteur maritime, il y a l'idée d'étendre le régime de la responsabilité du transporteur maritime à l'entreprise de manutention. C'est pourquoi la clause

Himalaya a été introduite. Mais il est intéressant de chercher comment cette clause fonctionne et quelle est son efficacité et son avenir (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'introduction de la clause Himalaya

Concernant la clause Himalaya, il s'agit d'une clause qui est insérée au connaissement stipulant qu'

« il est expressément convenu entre les parties au présent connaissement que les [...] entreprises de manutention [...] employés ou autres, utilisés, engagés ou employés par le transporteur pour l'exécution du présent contrat, bénéficient exactement des mêmes exemptions, exonérations et limitations de responsabilité que celles accordées au transporteur par le présent connaissement [...]. [Les] personnes susmentionnées sont à cet égard réputés être parties au contrat dont fait foi le présent connaissement [...] »⁷⁴.

Grâce à cette clause, l'entreprise de manutention peut profiter des cas exceptés et de la limitation de responsabilité comme le transporteur maritime. Mais, la clause Himalaya non seulement permet à l'entreprise de manutention d'en bénéficier, mais aussi au capitaine, à l'officier, aux membres d'équipage, au mandataire et au représentant, ainsi qu'à d'autres personnes employées ou engagées par le transporteur. Auparavant, en l'absence de régime de responsabilité équivalente, l'entreprise de manutention devait se soumettre à la réparation intégrale (Section 1). Ensuite, le régime de responsabilité de l'entreprise de manutention lorsque la clause Himalaya vient altérer la lacune de cette nuance (Section 2).

Section 1 : Le régime de responsabilité de l'entreprise de manutention avant l'introduction de la clause Himalaya

⁷⁴ Cour suprême du Canada, *ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752

Afin de déterminer le régime de responsabilité de l'entreprise de manutention, il faut, tout d'abord, savoir qui est l'entreprise de manutention parce qu'il est difficile de la connaître à cause de deux raisons⁷⁵. L'une est la diversité des missions de l'entreprise de manutention et l'autre est l'indétermination de ses rapports de droit. Surtout, lorsque cette entreprise est conduite à effectuer ses missions en coopération avec d'autres auxiliaires maritimes par exemple le consignataire du navire, le transitaire, le dépositaire⁷⁶ et le commissionnaire.

Généralement, le contrat de transport maritime est conclu par le chargeur et par le transporteur. Le destinataire est intégré dans ce contrat grâce à la nature même du contrat⁷⁷. L'entreprise de manutention reste toujours un véritable tiers à ce contrat. Le contrat de manutention est un contrat d'entreprise qui est passé entre le transporteur et l'entreprise de manutention. Sur ce point-là, l'entreprise de manutention n'a aucun lien avec l'ayant droit à la marchandise; soit le chargeur, soit le destinataire. Cela engendre, donc, des inconvénients pour l'entreprise de manutention⁷⁸. Étant qualifié de transporteur, il bénéficie légalement des cas exceptés et de la limitation de responsabilité. Quant à l'entreprise de manutention, elle ne peut se prévaloir ni des cas exceptés ni de la limitation de responsabilité comme prévus pour le transporteur. Les cas prévus pour s'exonérer de la responsabilité dans le droit commun sont plus étroits que ceux du transporteur dans le cadre du droit du transport maritime⁷⁹.

Dans le pays *Common law*, un principe très strict existe et est appelé « *Privity of contract* ». Ce principe réserve le bénéfice contractuel aux seules parties au contrat. Un tiers au contrat ne peut pas se prévaloir des stipulations contractuelles.

⁷⁵ BENAMAR, (M.), « La responsabilité de l'entreprise de manutention en droit comparé (France-Algérie), 7 *Afr.J.Int'l & Comp. L.* 771, 1995, p.771.

⁷⁶ *Ib.*

⁷⁷ Voir *supra*.

⁷⁸ « *L'absence antérieure de statut avait soulevé de graves difficultés dans les années 1950-1960. Pour des raisons diverses (la possibilité d'échapper aux clauses attributives de juridiction, comme à la prescription d'un an ou à la limitation de responsabilité dont bénéficie le transporteur), [...]* », in BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.463.

⁷⁹ Voir *supra*.

C'est-à-dire qu'« *aucun tiers, même celui auquel le service contractuel devrait être rendu, même celui qui seul en profiterait, ne peut invoquer l'engagement contractuel* »⁸⁰.

La question est posée de savoir comment l'ayant droit à la marchandise porte plainte l'entreprise de manutention car entre eux, aucune relation contractuelle n'existe. En regardant, les textes internationaux; la Convention de Bruxelles de 1924, les Règles de Hambourg, ainsi que le texte interne comme la loi française du 2 avril 1936, aucuns ne parlent du régime de la responsabilité de l'entreprise de manutention. En France, avant que le statut de l'entreprise de manutention soit réglementé par la loi du 18 juin 1966, la Cour de cassation accepte que l'ayant droit à la marchandise puisse aller à l'encontre de l'entreprise de manutention en expliquant que « *le contrat de transport maritime sous connaissement implique par sa nature le droit pour le destinataire de se prévaloir de la convention intervenue entre transporteur et acconier aux fins de délivrance de la marchandise* »⁸¹. Donc, le destinataire qui est le véritable tiers au contrat de manutention peut intervenir dans le rapport entre le transporteur et l'entreprise de manutention. Cette solution se trouve être la même chose que le principe « *co-existence of liabilities* », l'ayant droit à la marchandise a deux choix. Il peut aller à l'encontre de son cocontractant. Cette action est fondée sur la relation contractuelle. Sinon, il peut tenter l'action en responsabilité contre la personne avec qui le transporteur avait contracté⁸².

Quant à la jurisprudence de la Cour suprême thaïe, il y a deux points intéressants. L'action intentée contre l'entreprise de manutention peut être l'action extra-contractuelle ou délictuelle. Dans l'arrêt de la Cour suprême n°10155/2539 (1996), la marchandise est dans le hangar de l'entreprise de manutention. C'est-à-dire que la marchandise est sous la garde de telle entreprise de manutention. Pendant l'opération matérielle de manutention, la marchandise est tombée par terre et un

⁸⁰ Walter, (J.), *Les clauses du connaissement*, Université Paul Cézanne, 2005, p.26.

⁸¹ CCASS, 3 mars 1964, in BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2 édition, 2010, p.463.

⁸² DE WIT, (R.), *Multimodal Transport*, London, Lloyd's of London Press Ltd., 1995, p.46., in MAMAN, (P.), *Exemption and limitation of liability of stevedore*, Université Thammasat, 2004, p.14.

dommage a été causé. La Cour dit que c'est l'action délictuelle qui est qualifiée et c'est la prescription précisée par le Code civil et commercial qui s'applique. La prescription de l'action délictuelle⁸³ est d'un an lorsque le demandeur reconnaît le dommage et connaît l'auteur de l'infraction. Mais la prescription n'excède pas dix ans à compter du jour où le dommage a été causé. Dans ce cas-là, le droit commun s'applique. L'action extra-contractuelle ne permet pas les cas exceptés et la limitation de responsabilité. Si l'entreprise de manutention commet la faute, elle doit indemniser intégralement l'ayant droit à la marchandise. L'entreprise de manutention dans cet arrêt n'est pas, non plus, le mandataire du transporteur.

Cependant, reste le cas dans lequel l'entreprise de manutention est reconnue comme le mandataire du transporteur. La Cour suprême détermine autrement⁸⁴ si l'opération de déchargement est confiée au transporteur mais si celui-ci n'est pas équipé pour l'exécuter, il demande, donc, à l'autorité du port de Thaïlande de le faire en son lieu. Puis, cette opération de déchargement provoque un dommage. La Cour suprême décide que le dommage causé a lieu pendant que les marchandises sont sous la garde du transporteur. L'entreprise de manutention est le mandataire du transporteur. Mais, le transporteur reste en première ligne et est tenu responsable à l'égard de l'ayant droit à la marchandise sans chercher la faute ou la négligence de l'autorité du port qui effectue le déchargement. Il ne peut pas se prévaloir le cas excepté qui prévoit que le transporteur s'exonère de sa responsabilité lorsque la perte ou le dommage de la marchandise ne lui est pas imputable. Quand le transporteur est responsable, il peut, quand même, bénéficier de la limitation de responsabilité dont le montant est bas.

Bref, selon la Cour suprême thaï, afin de déterminer la personne responsable et le montant de la réparation, il faut chercher si l'entreprise de manutention est le mandataire du transporteur.

⁸³ Section 448 du Code civil et du code commercial

⁸⁴ Arrêt de la Cour suprême n°718/2543 (2000)

Section 2 : Le fondement juridique de la clause Himalaya

Car privés de droit relatif comme ceux des cas exceptés et de droit à la limitation de responsabilité, les tiers, qui sont pas directement liés par le contrat de transport comme le capitaine, les officiers, les membres d'équipage, le mandataire ou le représentant du transporteur et l'entreprise de manutention, tentent d'étendre le champ d'application des cas exceptés et de la limitation de responsabilité. La première tentative a été faite dans l'affaire *Adler c. Dickson*⁸⁵.

Dans cette affaire, il s'agit d'un passager blessé sur un paquebot s'appelant le « *SS Himalaya* ». Mme.ADLER qui est passager sur le paquebot subit un dommage parce que la passerelle de débarquement la projette sur le quai. Comme il existe la clause de non-responsabilité du transporteur sur le billet de passage, Mme.ADLER n'intente plus l'action contre le transporteur mais contre M.DICKSON, le capitaine du paquebot.

En l'espèce, la distinction entre le transporteur et le capitaine est observée. Le transporteur n'est pas le capitaine. Réciproquement, le capitaine n'est pas le transporteur. La clause de non-responsabilité ne s'applique qu'au transporteur. Quant au capitaine, il tente d'invoquer aussi cette clause afin de s'exonérer de sa responsabilité. Le juge dit qu'il est possible d'incorporer la clause de non-responsabilité au billet de passage ou au connaissance. La stipulation de cette clause pourrait inclure ou exclure les autres personnes, à part le transporteur. C'est-à-dire, la stipulation de la clause de non-responsabilité mentionnée sur le connaissance peut être implicite ou explicite applicable au transporteur ou à ses préposés. Cependant, la clause de non-responsabilité dans ce cas n'est pas explicitement ou implicitement stipulée pour le capitaine. Le capitaine ne peut pas donc se prévaloir des cas exceptés et de la limitation de responsabilité. Cela est le point de départ de « la clause Himalaya ». Le nom de la clause est appelé comme le navire sur lequel Mme.ADLER s'était blessée. Même si la clause Himalaya n'a pas

⁸⁵ *Adler c. Dickson (The Himalaya)* [1954] 2 Lloyd's Rep 267, [1955] 1 QB 158

été appliquée dans cette affaire, l'existence et la validité de la clause sont mentionnées. Telle clause est ultérieurement développée dans des séries de décisions.

Dans l'affaire *Midland Silicones c. Scruttons*⁸⁶, la clause Himalaya n'est pas appliquée⁸⁷ parce que le dommage a lieu après le déchargement de la marchandise. Mais ces quatre conditions sont posées par le juge afin de valider cette clause sous le principe de mandat.

-Premièrement, le connaissement doit stipuler expressément que l'entreprise de manutention est protégée par une telle clause et une telle limitation de responsabilité.

-Deuxièmement, le contrat de transport conclu par le transporteur doit préciser que le transporteur est le mandataire de l'entreprise de manutention et les stipulations contractuelles s'appliquent à l'entreprise de manutention.

-Troisièmement, le transporteur est compétent à le faire ou l'entreprise de manutention peut le ratifier plus tard.

-Quatrièmement, il faut la « *consideration* ».

Il paraîtrait que le problème du régime de la responsabilité de l'entreprise de manutention soit résolu. Les conditions d'application sont bien déterminées. Mais en réalité, ces conditions peuvent être qualifiées d'illusion. Certaines sont vagues et inapplicables et elles ne correspondent pas à la nature même du contrat, surtout la quatrième condition.

L'idée de la « *consideration* » du Lords Reid dans la décision précédente est modifiée et complétée par la décision du *Privy Council*, dans l'affaire *New Zealand Shipping Co. Ltd. c. A.M. Satherwaite & Co. Ltd.* qui est connue sous le nom de

⁸⁶ Chambre des Lords, *Midland Silicones c. Scruttons*

⁸⁷ Aux États-Unis, dans l'affaire *Herd & Co. c. Krawill Machinery Corp.*, la clause Himalaya est jugée sans effet et l'entreprise de manutention est incapable de bénéficier de la limitation de responsabilité.

« *The Eurymedon* ». Le juge dit que « la « *consideration* » pour le contrat entre le chargeur et l'entreprise de manutention est le travail⁸⁸ de l'entreprise de manutention (*the actual work of the stevedore*) »⁸⁹. Dans l'affaire *The Eurymedon*, c'est le premier succès de la clause Himalaya. La marchandise est endommagée à cause de la négligence de l'entreprise de manutention pendant le déchargement. Au lieu d'intenter contre le transporteur une action contractuelle dont la prescription est d'un an, l'ayant droit à la marchandise intente contre l'entreprise de manutention une action délictuelle afin de ne pas utiliser la prescription annale du transporteur. L'entreprise de manutention prétend qu'elle peut bénéficier de la prescription d'un an indiquée sur le connaissement. Les juges dans cette affaire la lui accordent. La prescription du transporteur s'applique à l'entreprise de manutention⁹⁰ grâce à la clause Himalaya.

La clause Himalaya est une façon d'étendre les bénéfices des cas exceptés et de la limitation de responsabilité du transporteur à l'entreprise de manutention. Cependant, cette clause rencontre certaines limites. La clause Himalaya commence à avoir son effet lorsque telle ou telle opération est couverte par le contrat de transport. Les bénéfices accordés par la clause Himalaya ne peuvent pas excéder ce qui a été prévu pour le transporteur. C'est-à-dire, le régime de la responsabilité de l'entreprise de manutention se calque sur celui du transporteur.

Souvent, le contrat de transport maritime est soumis à la Convention de Bruxelles de 1924 soit par le choix des parties au contrat, soit par la clause Paramount. La Convention de Bruxelles de 1924 pose le régime de la responsabilité du transporteur et énumère les cas exceptés dans son article 4⁹¹. Quant au montant de la limitation de responsabilité, il ne peut pas être inférieur à « 666.67 unités de compte par colis ou unité, ou 2 unités de compte par kilogramme de poids brut des

⁸⁸ C'est-à-dire, le déchargement de la marchandise se fait pour le compte du chargeur.

⁸⁹ TETLEY, (W.), « The Himalaya clause, "stipulation pour autrui" Non-Responsibility Clauses and Gross Negligence under the civil Code », *Les cahiers de Droit*, 20 C. de D.449 1979. p.453.

⁹⁰ MAMAN, (P.), *Exemption and limitation of liability of stevedore*, Université Thammasat, 2004, p.20-21.

⁹¹ Voir *supra*.

marchandises perdues ou endommagées»⁹². Cela est applicable aussi quand le contrat de transport est couvert par cette Convention et quand l'entreprise de manutention est protégée par la clause Himalaya parce que le régime de la responsabilité de l'entreprise de manutention se calque sur le régime de responsabilité du transporteur. Donc, s'il y a une clause contraire aux stipulations de la Convention de Bruxelles de 1924 par exemple le montant de la limitation de responsabilité est inférieur à celui autorisé par la Convention, cette clause est reconnue nulle⁹³. Il est possible de dire que la clause Himalaya est soumise au caractère des règles impératives de la Convention de Bruxelles de 1924. Quant aux effets de la clause Himalaya, elles sont aussi importantes.

Chapitre 2 : Les effets de la clause Himalaya

Après avoir approfondi l'origine, le développement et le fondement juridique de la clause Himalaya, il est possible de dire que cette clause est acceptée par plusieurs juridictions de plusieurs pays. Les effets de la clause Himalaya sont aussi indispensables d'être étudiés. Il faut savoir comment est mise en œuvre la clause Himalaya (Section 1) parce que cela aidera à déterminer l'efficacité de la clause et prévoir son futur (Section 2).

Section 1 : La mise en œuvre de la clause Himalaya

Pour que cette clause soit valable et efficace, il faut chercher quel est le moyen utilisé pour la mise en œuvre de cette clause. Sur ce point, deux moyens pour la mettre en œuvre⁹⁴ sont possibles. L'un est l'extension du champ d'application du contrat de transport maritime. Étant donné que le contrat de transport est un contrat

⁹² Article 4§5 de la Convention de Bruxelles de 1924

⁹³ Article 3§8 de la Convention de Bruxelles de 1924 prévoit que « toute clause, convention ou accord dans un contrat de transport exonérant le transporteur ou le navire de sa responsabilité par perte ou dommage concernant des marchandises provenant de négligence, faute ou manquement aux devoirs ou aux obligations édictées dans cet article ou atténuant cette responsabilité autrement que ne le prescrit la présente convention sera nulle non avenue et sans effet. [...] ».

⁹⁴ TETLEY, (W.), « The Himalaya clause », *JIML*, 2003, p.6-7.

tripartite, le destinataire est intégré dans le contrat même s'il n'est pas présent lors de la conclusion du contrat. Cette idée est adaptée à la situation de l'entreprise de manutention. Dans ce cas, l'entreprise de manutention est incluse dans le contrat de transport soit comme le préposé du transporteur maritime, soit comme le mandataire du transporteur. Cela pourrait être une bonne solution. Mais elle ne correspond pas à la réalité parce que le transporteur ne veut étendre ni la responsabilité pour autrui ni la période de la responsabilité. Quant à l'entreprise de manutention, celle-ci ne peut bénéficier que des cas exceptés et de la limitation de responsabilité.

La clause insérée au connaissance peut être classée en deux catégories soit la clause fait partie de l'économie générale du contrat, soit la clause est exclue de l'économie générale du contrat. La distinction entre ces deux types de clauses du connaissance est importante. Si la clause est considérée comme la partie de l'économie générale du contrat, la clause est toujours opposable au destinataire, par exemple la clause de la livraison sous palan. Mais si la clause ne fait pas partie de l'économie générale du contrat, il faut l'acceptation spéciale du destinataire pour que cette clause lui soit opposable. Les clauses dérogatoires au droit commun sont par exemple, la clause de transport en pontée ou la clause de juridiction⁹⁵. La clause Himalaya quant à elle, fait partie de l'économie générale du contrat. Donc, elle est toujours opposable au destinataire.

L'autre moyen est l'amendement de la loi. Deux méthodes de « amendement » sont alors utilisées. La première est de faire promulguer une nouvelle loi. C'est le cas de l'Angleterre. Auparavant, le grand principe traditionnel en droit contractuel anglais qui s'applique dans toutes les juridictions anglaises est le principe de « *privity* »⁹⁶. Finalement, ce principe a été altéré par le *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*.

⁹⁵ Voir *infra*.

⁹⁶ Voir *supra*.

La seconde, c'est le cas de la France. Les législateurs français ne créent pas de nouvelle loi comme les législateurs anglais. Par contre, ils modifient la loi qui existe déjà, c'est la loi du 18 juin de 1966. Elle parle du régime de responsabilité du transporteur maritime. Il y a eu la tentative de faire le rapprochement entre le régime de responsabilité du transporteur et celui de l'entreprise de manutention. De ce fait, le régime de responsabilité de l'entreprise de manutention est ajouté dans cette loi. L'entreprise de manutention est insérée dans le titre IV depuis l'article 50 jusqu'à l'article 60. Aussi, elle est détaillée dans le décret du 31 décembre 1966. L'entreprise de manutention est mentionnée dans son article 80 jusqu'à son article 83. Grâce à cela, l'entreprise de manutention est donc réglementée en France.

Les missions principales de l'entreprise de manutention sont précisées dans l'article 50 de la loi française de 1966. L'entrepreneur de manutention s'occupe de « *toutes les opérations qui réalisent la mise à bord et le débarquement des marchandises, y comprise les opérations de mise et de reprise sous hangar et sur terre-plein, qui en sont le préalable ou la suite nécessaire* ». De plus, il est spécifié une mission supplémentaire, « *l'entrepreneur de manutention peut éventuellement être appelé à accomplir pour le compte du navire, du chargeur ou du réceptionnaire, d'autres opérations définies par décret* »⁹⁷. Les missions définies par le décret du 31 décembre 1966 incluent « *[...] a) la réception et la reconnaissance à terre des marchandises à embarquer, ainsi que leur garde jusqu'à leur embarquement; b) la réception et la reconnaissance à terre des marchandises débarquées ainsi que leur garde et la délivrance* »⁹⁸. Cependant, le régime de la responsabilité entre les missions principales et les missions supplémentaires est différent. Pour le dommage subi par la marchandise lors d'un chargement, un déchargement ou des opérations de mise et de reprise sous hangar ou terre-plein, il faut prouver la faute de l'entrepreneur de manutention. Mais le juge a la tendance à alourdir la responsabilité de l'entreprise de manutention en utilisant la présomption de faute⁹⁹. Par contre, si la marchandise subit un dommage pendant qu'elle est sous la garde de l'entreprise de manutention, l'entrepreneur de manutention est présumée responsable de plein droit.

⁹⁷ Article 51 de la loi du 18 juin 1966

⁹⁸ Article 80 du décret du 31 décembre 1966

⁹⁹ BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.472.

C'est la responsabilité de plein droit qui s'applique. Dans ce cas, les deux régimes de responsabilité sont distincts. Quand l'entrepreneur de manutention est tenue responsable de plein droit, il bénéficie des exceptés et de la limitation de responsabilité. C'est le même catalogue des cas exceptés que celui du transporteur. Les cas exceptés sont mentionnés dans l'article 53 de la loi du 18 juin 1966. Ce sont les cas d'incendie, de fait constituant un événement non imputable à l'entrepreneur, de grève, de lock-out ou d'entraves apportées au travail, d'une faute du chargeur et du vice propre de la marchandise. L'entrepreneur de manutention peut s'exonérer partiellement ou totalement car il est possible de répartir la réparation entre le demandeur et l'entrepreneur de manutention.

Lorsque l'entrepreneur n'arrive pas à prouver l'existence des cas exceptés, il est tenu responsable pour la perte et le dommage subis par la marchandise. Cependant, l'entrepreneur de manutention ne doit pas réparer intégralement à l'ayant droit à la marchandise, sauf si celui-ci avait rédigé la déclaration de valeur¹⁰⁰. Le plafond de la limitation de responsabilité de l'entrepreneur de manutention est renvoyé au plafond de la limitation de responsabilité du transporteur. Donc, c'est le même montant¹⁰¹.

Le point le plus important de la loi du 18 juin 1966 est le revirement de jurisprudence d'elle même. Avant, l'ayant droit à la marchandise pouvait agir contre l'entrepreneur de manutention, même si entre eux, n'existait aucune relation contractuelle¹⁰². Mais, conformément à la loi de 1966, la seule personne qui détient le droit d'agir contre l'entrepreneur de manutention est la personne à laquelle l'entrepreneur rend des services. Le principe anglais de « *privity* » ou le principe français de « relativité des contrats » est renforcé. Le tiers ne peut pas bénéficier de la relation contractuelle du contrat de manutention. De ce fait, il est indispensable de déterminer à qui l'entrepreneur de manutention rend des services afin de déterminer qui détient le droit d'agir. Dans le contrat de transport, les opérations de chargement

¹⁰⁰ Article 54 de la loi du 18 juin 1966

¹⁰¹ Voir *supra*.

¹⁰² Voir *supra*.

et de déchargement sont des opérations fondamentales incombant au transporteur maritime français¹⁰³. Le transporteur est donc la personne à laquelle l'entrepreneur de manutention rend des services. Il est donc la seule personne qui peut intenter l'action en responsabilité contre l'entrepreneur de manutention. L'ayant droit à la marchandise n'est plus accepté à exercer le recours contre lui. Quant au contrat d'affrètement, par exemple le contrat d'affrètement au voyage, l'affréteur s'occupe du chargement et du déchargement. Alors, c'est l'affréteur qui est qualifié pour agir contre l'entrepreneur de manutention¹⁰⁴. D'après M.BONASSIE, « *le seul mérite que l'on puisse reconnaître à la loi de 1966, c'est donc d'avoir établi, quant à la recevabilité de l'action contre l'entrepreneur de manutention, une certaine clarté. Mais la règle posée par la Cour de cassation dans son arrêt de 1964 avait au moins autant de clarté, et était sans doute plus équitable* »¹⁰⁵. Quand le transporteur¹⁰⁶ et l'affréteur¹⁰⁷ ont le droit d'agir, l'ayant droit à la marchandise est privé de l'action en responsabilité contre l'entreprise de manutention. L'ayant droit à la marchandise est un tiers parce qu'il n'est pas reconnu comme partie au contrat de manutention et il peut intenter une action en responsabilité contre l'entrepreneur de manutention seulement dans le cas où « *il ne dispose d'aucune action récursoire à l'encontre du donneur d'ordre du manutentionnaire* »¹⁰⁸. Voici, c'est le seul moyen où l'ayant droit à la marchandise peut intenter une action contre l'entrepreneur de manutention. La situation est différente pour le véritable tiers (le *penitus extranei*) par exemple un passant blessé par la chute d'un engin manutentionné¹⁰⁹ ou le propriétaire d'une remorque¹¹⁰. Dans le cas du propriétaire d'une remorque, il peut opter pour le recours délictuel contre l'entrepreneur de manutention parce que « *l'acconier, qui n'avait pas en assurer le chargement, avait expédié par erreur sur [un] port [...] au lieu de sa destination normale* »¹¹¹. Donc, l'action extra-

¹⁰³ Article 15 de la loi du 18 juin 1966, article 38 du 31 décembre 1966

¹⁰⁴ BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2 édition, 2010, p.466-468.

¹⁰⁵ *Ib.*

¹⁰⁶ Dans le contrat de transport

¹⁰⁷ Dans le contrat d'affrètement

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ CA d'Aix-en-Provence, 12 juillet 1983

¹¹¹ BENAMAR, (M.), « La responsabilité de l'entreprise de manutention en droit comparé (France-Algérie) », 7 *Afr.J.Int'l & Comp. L.* 771, 1995, p.783.

contractuelle n'exclut pas le véritable tiers à se retourner contre l'entrepreneur de manutention¹¹².

Bref, en France, l'applicabilité de la clause Himalaya ne rencontre pas de problème car la loi du 18 juin 1966 vient de le résoudre.

Au regard de la législation thaïe, la clause Himalaya n'a pas été encore ajouté au COGSA B.E.2534 (1991). Donc, le statut de cette clause n'est que la stipulation contractuelle. Elle doit être soumise au Code civil et commercial dans lequel nous trouvons le principe de liberté contractuelle. D'après la section 151 du Code civil et commercial, la stipulation des parties au contrat peut être différente de ce qui est prévu par le Code si telle stipulation n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Mais si la stipulation contractuelle est contraire à l'ordre public, elle est nulle. Pour la clause Himalaya qui donne les bénéfices des cas exceptés et de la limitation de responsabilité à l'entreprise de manutention, elle n'est pas considérée comme contraire à l'ordre public¹¹³.

À cause de ce principe de liberté contractuelle, un déséquilibre entre les parties au contrat est provoqué. Lorsque la loi laisse aux parties au contrat le pouvoir de déterminer leurs droits et obligations, il y a toujours la partie forte et la partie faible, notamment nous pouvons l'observer dans le contrat d'adhésion. Le contrat de transport est un contrat d'adhésion car les deux parties ne sont pas égales d'un point de vue économique. Une partie domine l'autre. Le transporteur impose les droits et obligations quant au connaissance. Le chargeur n'a pas le droit de négocier. Pour toutes ces raisons, le législateur thaï adopte une loi qui s'appelle « *Unfair Contract Terms Act B.E.2540 (1997)* »¹¹⁴ dont l'objet est d'encadrer le principe de liberté contractuelle et de donner la direction à suivre au juge afin de décider si la

¹¹² BENAMAR, (M.), « La responsabilité de l'entreprise de manutention en droit comparé (France-Algérie) », 7 *Afr.J.Int'l & Comp. L.* 771, 1995, p.783.

¹¹³ MAMAN, (P.), *Exemption and limitation of liability of stevedore*, Université Thammasat, 2004, p.63.

¹¹⁴ Annexe 2

stipulation contractuelle est équitable et applicable. Le juge a le pouvoir d'intervenir dans la relation contractuelle pour indiquer si telle ou telle stipulation est applicable. S'il trouve que telle stipulation n'est pas équitable pour les deux parties au contrat, il peut dire que cette stipulation peut être appliquée, étant donné qu'elle correspond au principe d'équité.

Dans sa section 3, le contrat d'adhésion est défini comme un contrat écrit qui prévoit les stipulations du contrat, même sans le consentement de l'autre partie. Puis, une de ces parties l'utilise pour ses affaires. Le contrat de transport maritime est souvent écrit pour établir la preuve de l'existence du contrat et le transporteur insère la clause Himalaya au connaissement sans accord du chargeur. Par conséquent, le contrat de transport maritime entre dans le champ d'application de cette loi. Pour voir l'applicabilité de la clause Himalaya, il faut bien considérer aussi si la clause est conforme au *Unfair Contract Terms Act B.E.2540 (1997)*.

Afin de chercher si la clause est conforme à la loi et si elle est équitable pour les parties au contrat, la section 10 fait apparaître certains critères à prendre en compte. En ce qui concerne le contrat de transport maritime et la clause Himalaya, il faut prendre en compte la pratique et la tradition du contrat¹¹⁵ de transport maritime. Dans le monde de transport maritime, « *au niveau international, il est acceptable que non seulement le transporteur mais aussi le mandataire, le préposé et le sous-traitant peuvent s'exonérer de leur responsabilité ou limiter la responsabilité comme le transporteur à travers la clause Himalaya* »¹¹⁶. Comme elle correspond au pratique et à la tradition maritime, ainsi, la clause Himalaya n'est pas contraire au *Unfair Contract Terms Act B.E.2540 (1997)*. Elle est applicable.

¹¹⁵ Section 10 (1), (2) du *Unfair Contract Terms Act B.E.2540 (1997)*

¹¹⁶ MAMAN, (P.), *Exemption and limitation of liability of stevedore*, Université Thammasat, 2004, p.64.

Cependant, devant la juridiction thaïe relative au transport maritime, il n'y a pas encore d'affaire dans laquelle la clause Himalaya a été invoquée. Donc, il est intéressant de poser la question de savoir quel est l'avenir de la clause Himalaya.

Section 2 : L'efficacité et l'avenir de l'application de la clause Himalaya

En parlant de l'efficacité de la clause Himalaya, elle présente beaucoup de nuances et désavantages¹¹⁷. Premièrement, si l'entreprise de manutention qui s'occupe de la marchandise lors d'un chargement et d'un déchargement peut s'exonérer de sa responsabilité ou la limiter pour la perte et le dommage subis par la marchandise. Le nombre de perte et de dommage de la marchandise pourraient augmenter puisque quand l'entreprise de manutention effectue son travail, il sait que si quelque chose arrive à la marchandise, elle peut se prévaloir de la clause Himalaya permettant d'invoquer les cas exceptés et la limitation de la responsabilité dont le montant est bas.

Deuxièmement, l'entreprise de manutention peut bénéficier des cas exceptés et de la limitation quand le transporteur est responsable du chargement et du déchargement. Mais avec les clauses FIO et FIOT, devant la juridiction anglaise et la juridiction thaïe, elles sont jugées pleinement valables non seulement l'aspect visant la répartition financière mais aussi celui visant la répartition des risques¹¹⁸. Au cas où l'ayant droit à la marchandise cherche lui-même l'entreprise de manutention pour exécuter le chargement et le déchargement, ce sera l'ayant droit qui sera tenu responsable pour la perte et le dommage de la marchandise.

La clause Himalaya ne fonctionne pas si l'entreprise de manutention n'a pas encore commencé son service. La marchandise subit un dommage avant le chargement, l'entreprise de manutention n'est pas permise d'invoquer ni les cas

¹¹⁷ TETLEY, (W.), « The Himalaya clause », *JIML*, 2003, 36 p.

¹¹⁸ Voir *supra*.

exceptés ni la limitation de responsabilité. Pareillement pour le transitaire qui est le tiers au contrat de transport maritime. En cas de dommage subi par la marchandise, celui-ci ne peut pas bénéficier de la clause Himalaya parce que le contrat de transport n'a pas débuté¹¹⁹.

Troisièmement, c'est le problème particulier en Thaïlande. Normalement, si une personne intente un recours délictuel contre l'entreprise de manutention, la prescription qui lui est appliquée est celle mentionnée dans le Code civil et commercial. C'est un an lorsqu'un dommage est causé et l'auteur de l'infraction est connu ou dix ans à compter du jour où a lieu l'action délictuelle. Mais la clause Himalaya permet à l'entreprise de manutention d'utiliser la prescription annale du transporteur. La prescription devant la juridiction thaïe soulève le problème de l'ordre public. Le bénéfice de la prescription annale grâce à la clause Himalaya n'est que la stipulation contractuelle et ne peut pas être contraire à ce que dit le Code civil et commercial. Le recours contre le transporteur doit être déclenché par l'ayant droit à la marchandise dans un délai d'un an¹²⁰. De ce fait, si l'entreprise de manutention bénéficie de la prescription annale comme le transporteur mais telle prescription ne correspond pas à celle du Code civil et commercial, cette prescription est inapplicable parce que la stipulation contractuelle est contraire à l'ordre public¹²¹.

Dernièrement, lorsque la responsabilité de l'entreprise de manutention est mise en cause, la clause Himalaya aurait été une solution pour certaine période. Elle engendre, quand même, plusieurs difficultés. Il vaut mieux chercher d'autres solutions plus durables. Alors, une nouvelle clause nommée « *the circular indemnity clause* » est introduite.

The circular indemnity clause est une clause qui énonce que l'ayant droit à la marchandise; soit le chargeur, soit le destinataire promet de ne pas aller à l'encontre

¹¹⁹ TETLEY, (W.), « The Himalaya clause », *JIML*, 2003, 36 p.

¹²⁰ Section 46 du COGSA B.E.2534 (1991)

¹²¹ MAMAN, (P.), *Exemption and limitation of liability of stevedore*, Université Thammasat, 2004, p.66.

des agents, des sous-cocontractants et de l'entreprise de manutention du transporteur. Si un dommage est causé et l'ayant droit à la marchandise intente une action contre telles personnes, l'ayant droit est obligé d'indemniser le transporteur¹²². C'est un cercle de réparation parce que finalement, c'est l'ayant droit à la marchandise qui doit payer. *The circular indemnity clause* n'est qu'une stipulation contractuelle, elle doit être soumise au Code civil et commercial et aussi au *Unfair Contract Terms Act B.E.2540 (1997)*¹²³ comme le cas de la clause Himalaya.

D'après la section 4§3 (2) du *Unfair Contract Terms Act B.E.2540 (1997)*, elle dit que la stipulation contractuelle, qui impose à une partie au contrat un devoir ou une obligation beaucoup plus que la personne raisonnable peut prévenir par exemple une partie doit un devoir et une obligation plus que la loi l'exige, peut être considérée comme une stipulation inéquitable¹²⁴. *The circular indemnity clause* pose l'obligation à l'ayant droit à la marchandise plus que la loi exige puisqu'après il est indemnisé, il doit indemniser aussi le transporteur. Donc, il est possible que cette clause soit inapplicable en Thaïlande. Il faut attendre un peu et voir comment le juge thaï va statuer sur ce point.

¹²² TETLEY, (W.), « The Himalaya clause », *JIML*, 2003, p.27.

¹²³ Voir *supra*.

¹²⁴ MAMAN, (P.), *Exemption and limitation of liability of stevedore*, Université Thammasat, 2004, p.64.

CONCLUSION
DE LA PREMIÈRE PARTIE

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

À cause de l'inadaptabilité du COGSA B.E.2534 (1991) au régime de la responsabilité de l'entreprise de manutention, une modification du COGSA thaï a été proposée. Dans le projet de la modification de la loi, la section 60/1 a été ajoutée afin de faire bénéficier le préposé ou le mandataire du transporteur et le préposé ou le mandataire du transporteur substitué. Lorsque l'ayant droit à la marchandise souhaite exercer un recours contre ces personnes, ces personnes-ci peuvent légalement s'exonérer de leur responsabilité en invoquant les cas exceptés. Mais si leur responsabilité est reconnue, elles peuvent, cependant, limiter leur responsabilité. Donc, il y a la tendance de l'extension du champ d'application du COGSA pour que le préposé ou le mandataire du transporteur et le préposé ou le mandataire du transporteur substitué soient soumis au même régime de la responsabilité du transporteur.

Néanmoins, l'entreprise de manutention est exclue de ce projet de modification. Il ne traite pas du tout du régime de responsabilité de l'entreprise de manutention. Donc, seulement au cas où la clause Himalaya serait insérée au connaissance, l'entreprise de manutention bénéficie des cas exceptés et de la limitation de responsabilité. Sinon, il faut démontrer que l'entreprise de manutention est considérée comme le préposé ou le mandataire du transporteur et le préposé ou le mandataire du transporteur substitué pour avoir le même régime de la responsabilité que le transporteur.

Bref, le projet de modification du COGSA B.E.2534 (1991) reste encore un projet. Il n'entre pas encore en vigueur. Il faut attendre un peu pour voir comment sera la version finale de la modification du COGSA thaï, notamment sur le sujet du régime de la responsabilité de l'entreprise de manutention et pour voir aussi si la clause Himalaya sera mise en application dans le COGSA version modifiée. Il y a certain exemple à suivre comme le cas de la France, où la loi interne régit le régime de la responsabilité de l'entreprise de manutention. Ainsi comme le cas des

Règles de Rotterdam, le régime de responsabilité du transporteur s'applique à l'entreprise de manutention qui est connue sous le terme de « partie exécutante ».

Lors d'un recours devant la juridiction judiciaire et la juridiction arbitrale, non seulement la clause du connaissance relative à la responsabilité qui est importante mais aussi les clauses relatives à la procédure. Une partie au litige va gagner contre l'autre partie soit grâce au contenu comme la clause visant la responsabilité, soit grâce aux clauses visant la procédure comme la clause de choix de la loi applicable, de prescription, et de juridiction.

DEUXIÈME PARTIE

LES CLAUSES DU CONNAISSEMENT RELATIVES À LA PROCÉDURE

DEUXIÈME PARTIE

LES CLAUSES DU CONNAISSEMENT RELATIVES À LA PROCÉDURE

La clause du connaissance relative à la responsabilité du transporteur maritime ou de l'entreprise de manutention, comme la clause Himalaya, est importante puisqu'elle permet de reconnaître la responsabilité et la réparation du dommage du transporteur et de l'entreprise de manutention. Mais, certainement, il est impossible, pour l'ayant droit à la marchandise, d'obtenir la réparation s'il ne connaît pas les clauses du connaissance relatives à la procédure. Ces clauses englobent toujours le litige. Elles sont les conditions préliminaires à prendre en compte lors d'une action intentée. La question se pose automatiquement de savoir quelle loi sera applicable au contrat parce que grâce à celle-ci, la détermination des droits et des responsabilités peut être effectuée ou même si, d'après telle loi, le transporteur est responsable mais que l'ayant droit à la marchandise laisse passer le délai de prescription, le transporteur est autorisé à refuser la réparation en levant la déchéance de la prescription (Titre 1).

Quant à la clause de juridiction, il est très difficile de la désigner car dans les relations internationales en matière de transport maritime, plus d'une juridiction est compétente. La situation devient plus compliquée lorsque le contrat de transport maritime est le contrat tripartite. Donc, le problème de l'opposabilité au destinataire existe toujours comme il n'est pas présent lors de la conclusion du contrat et notamment, se pose un second problème, celui de la clause de juridiction, clause dérogatoire de droit commun. Il est donc intéressant de savoir comment est appliquée cette clause en Thaïlande puisque la Thaïlande ne fait pas de distinction entre la clause faisant partie de l'économie générale du contrat et la clause y dérogeant (Titre 2).

TITRE 1 LES CONDITIONS LORS D'UN RECOURS

L'intérêt à agir et la qualité à agir sont indispensables quand le recours contre le transporteur est formé parce qu'ils conditionnent la personne qui a le droit d'agir. Pour savoir qui a l'intérêt à agir, il faut chercher la personne qui a subi le préjudice. Également, quant à la qualité à agir, en matière contractuelle, ce sont les contractants qui en sont les titulaires. Comme le contrat de transport maritime est un contrat tripartite, dans ce cas les contractants sont le chargeur et le destinataire. Le titulaire du droit d'agir peut être soit le chargeur, soit le destinataire qui a subi le préjudice. Non seulement le droit d'agir qui est essentiel dans un recours mais aussi la loi applicable au contrat car elle indique les droits et les obligations des parties au contrat. La loi détermine ainsi l'ensemble du contrat de transport maritime. Il est nécessaire de la connaître et il est possible de laisser aux parties au contrat la liberté de la choisir (Chapitre 1).

La loi applicable joue un rôle important dans le contrat de transport maritime puisqu'elle prescrit la prescription (Chapitre 2). Le délai de prescription de chaque texte soit conventionnel, soit national est distinct. Il vaut mieux toujours la retenir surtout dans le cas où le transporteur maritime commettrait la faute de témérité qui permet d'écarter la limitation de responsabilité. Il peut refuser de réparer totalement la perte et le dommage subis par la marchandise en invoquant que le délai de prescription est dépassé.

Chapitre 1 : Les choix d'autonomie des parties au contrat de transport maritime

Dans le régime contractuel, un grand principe est consacré par tous les systèmes de droit; soit le système *civil law* retenu par la France et la Thaïlande, soit le système *common law* retenu par les États-Unis et par l'Angleterre, soit le système mixte, c'est le principe de « liberté contractuelle ». Le contrat de transport maritime

est considéré comme la loi des parties au contrat parce qu'il permet de reconnaître les droits et les obligations du chargeur, du transporteur et du destinataire. Théoriquement, les parties au contrat peuvent choisir librement quelle loi sera applicable à leur contrat. Mais ce n'est pas le cas pour le transport maritime. Le contrat de transport maritime est un contrat d'adhésion, donc c'est toujours le transporteur qui rédige le contrat et choisit la loi applicable. À côté de la clause de la loi applicable, nous trouvons une clause très proche de cette dernière, « la clause Paramount ». Il faut alors bien les distinguer (Section 1).

Cependant, même si les parties au contrat choisissent déjà la loi applicable, cela ne veut pas dire que telle loi sera utilisée par le juge. La loi choisie peut être neutralisée (Section 2) par plusieurs facteurs, par exemple dans les cas d'ordre public, d'incapacité du juge et dans le cas des règles de conflit de lois.

Section 1 : Le fondement juridique de la clause de choix de la loi applicable et le rapprochement entre cette clause et la clause Paramount

En Thaïlande, lorsqu'un élément étranger apparaît dans la relation contractuelle, « *the Act on Conflict of Law B.E.2481 (1938)* » s'applique pour résoudre le problème de la loi applicable. Cette loi ne prévoit pas les droits et les obligations des parties au contrat mais le moyen de trouver la loi applicable. Dans le cas du contrat, la section 13§1 dit qu'« *afin de régler le problème de savoir quelle loi sera applicable au contrat, il faut tenir compte de la volonté entre les contractants. [...]* ». Cela veut dire que la loi consacre le principe de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté des parties au contrat. Les parties au contrat de transport maritime sont capables de choisir librement la loi qui s'y appliquera. Les parties peuvent l'indiquer explicitement et implicitement.

Deux conceptions cohabitent quand les parties sont autorisées à choisir la loi applicable¹²⁵. La première est que les parties peuvent choisir la loi librement, même sans qu'aucun lien substantiel n'existe entre le contrat et la loi applicable, par exemple c'est le cas en Angleterre¹²⁶. La seconde est que les parties ne sont autorisées à choisir que la loi avec laquelle un lien substantiel existe avec elles par exemple la loi dans le pays du domicile du chargeur, ou du transporteur ou du destinataire. Sur le sujet du lien substantiel, *the Act on Conflict of Law B.E.2481 (1938)* ne le traite pas. Néanmoins, selon telle loi, il est possible de conclure que la clause du choix de la loi applicable est acceptable mais pour la question de l'applicabilité¹²⁷, un doute persiste.

À propos de la loi choisie par les parties au contrat, la section 13 du *the Act on Conflict of Law B.E.2481 (1938)* ne permet de choisir que la loi qui appartient à l'État. Les parties au contrat ne peuvent pas se mettre d'accord pour soumettre le contrat au *lex mercatoria*, aux INCOTERMS, aux directives de l'UNCITRAL ou au principe de l'UNIDROIT¹²⁸. La clause de choix de la loi applicable n'est pas similaire à l'incorporation de droit étranger dans le contrat qui pourrait insérer les directives ou les principes étrangers. Cependant, il existe certaines exceptions afin de choisir les conventions internationales applicables prévu par le COGSA B.E.2534 (1991)¹²⁹. Par rapport au *the Act on Conflict of Law B.E.2481 (1938)*, le COGSA B.E.2534 (1991) est la loi spéciale. Si les dispositions de ce dernier sont contraires à celles de la première, les dispositions de ce COGSA emportent celles du *the Act on Conflict of Law B.E.2481 (1938)*.

En plus, la question est posée de savoir si les parties au contrat n'indiquent pas une seule loi applicable mais proposent le choix entre plusieurs lois, qu'elles choisiront lorsqu'un recours sera formé. Par exemple dans le contenu d'un

¹²⁵ PIVAVATNAPANICH, (P.), *Droit international privé*, Bangkok, Thammasat, 2e édition, 2010, p.242-243.

¹²⁶ WILSON, (J.F.), *Carriage of goods by sea*, London, Longman, 4e édition, 2010, 311 p.

¹²⁷ Voir *infra*.

¹²⁸ PIVAVATNAPANICH, (P.), *Droit international privé*, Bangkok, Thammasat, 2e édition, 2010, p.251.

¹²⁹ Voir *infra*.

connaissance, une clause donne le droit au transporteur de choisir la loi applicable parmi la loi française, la loi anglaise et la loi thaïe. Le transporteur ne doit pas la choisir lors de la conclusion du contrat mais lors d'une action intentée. Cette clause est appelée « la clause *floating choice of law* ». Devant la juridiction anglaise, la clause *floating choice of law* n'a aucun effet parce que « la loi applicable au contrat est le fondement du contrat. Elle répond à la question de la formulation, de la validité, de l'interprétation et de l'exécution du contrat. La loi applicable doit être déterminée lors de la conclusion du contrat. La loi applicable ne doit pas rester indéterminée jusqu'à ce qu'un recours possible soit exercé », dit Bingham J.¹³⁰.

En ce qui concerne l'applicabilité de la clause du choix de la loi applicable, c'est un peu plus compliqué en Thaïlande. Si les parties au contrat de transport maritime choisissent la loi étrangère applicable à leur contrat, elles doivent bien prouver que c'est telle loi et ce qu'elle dit parce que devant la juridiction thaïe, la loi étrangère n'est pas considérée comme étant « une loi » mais comme étant « un fait ». La section 8 du *the Act on Conflict of Law B.E.2481 (1938)* dit que « si la loi étrangère est la loi applicable au litige, il faut le prouver jusqu'à ce que le juge en soit convaincu ». Cette section est abstraite et plutôt subjective car cela dépend de chaque juge. Si les parties au contrat n'arrivent pas à en apporter la preuve, c'est la loi thaïe qui sera applicable. Par exemple, les parties au contrat choisissent la loi anglaise comme loi applicable. Elles le prouvent déjà devant le juge mais pas suffisamment. Même si le juge finit ses études en Angleterre et qu'il connaît bien telle loi, cette loi ne peut pas être applicable. La base de connaissance de cette loi par ce juge n'est pas autorisée.

Avant la promulgation du COGSA B.E.2534 (1991), trois arrêts de la Cour suprême thaïe relatifs à la loi applicable au contrat de transport maritime¹³¹ faisaient jurisprudence. Dans le premier arrêt n°3401/2529 (1986), l'assureur qui subroge aux droits du destinataire exerce un recours contre le transporteur danois à cause de la

¹³⁰ WILSON, (J.F.), *Carriage of goods by sea*, London, Longman, 4e édition, 2010, 312 p.

¹³¹ PIVAVATNAPANICH, (P.), *Droit international privé*, Bangkok, Thammasat, 2e édition, 2010, p.247.

perte et du dommage subis par les marchandises. Il prétend que le contrat de transport maritime est conclu aux États-Unis. C'est donc le COGSA américain de 1936 qui doit s'appliquer¹³². Mais le juge qui statue sur cette affaire n'a pas retenu cette hypothèse en expliquant que le navire arrive à Bangkok. La livraison s'effectue en Thaïlande et le lieu où le conteneur est trouvé cassé et certaines marchandises disparues se trouvent sur le sol thaïlandais. Ainsi, la clause d'action a lieu en Thaïlande et de ce fait, la loi thaïe doit s'appliquer. Après cet arrêt, deux autres arrêts de 1989 suivent. Ce sont les arrêts de la Cour suprême n°2466/2532 et n°2786/2532. Selon M.Prasit PIVAVATNAPANICH¹³³, « *le juge ne respecte pas la volonté des parties au contrat. Il n'utilise pas the Act on Conflict of Law B.E.2481 (1938), même les parties au litige insiste sur le fait que le litige est sous l'empire de la loi de conflit de lois parce que des éléments étrangers sont à retenir* »¹³⁴. Alors, nous pouvons nous demander si le juge thaï cherche toujours un prétexte afin de ne pas appliquer la loi étrangère.

En parlant de la clause de choix de la loi applicable, à savoir que ce sont les parties au contrat de transport qui choisissent directement la loi applicable à leur contrat. Le connaissement prévoit directement que la loi thaïe s'applique au contrat de transport maritime. Mais pour préciser ou indiquer la loi applicable au contrat, il y a deux cas de figure ; non seulement le cas du choix de la loi applicable mais aussi le cas de la clause Paramount. « La clause Paramount » ou « la clause suprême » est une clause qui permet aux parties au contrat de transport maritime « *[soumettant] volontairement leur contrat à une loi autre que celle qui a normalement vocation à le régir* »¹³⁵. À l'origine, cette clause engendre l'application de la Convention de Bruxelles de 1924. Elle est insérée au connaissement, même avant l'entrée en

¹³² La section 13§1 dit que « *afin de régler le problème de savoir quelle loi sera applicable au contrat, il faut tenir compte de la volonté des parties contractuelles. Au cas où il est impossible de connaître soit explicitement, soit implicitement la volonté des parties au contrat, si ces parties ont la même nationalité, la loi de la nationalité s'applique. Sinon, c'est la loi où le contrat est conclu qui s'applique* ».

¹³³ Professeur de la faculté de droit, à l'université Thammasat en Thaïlande.

¹³⁴ PIVAVATNAPANICH, (P.), *Droit international privé*, Bangkok, Thammasat, 2e édition, 2010, p.247.

¹³⁵ LINCOLN, (J.), *La loi applicable au contrat de transport maritime*, Université Paul Cézanne, 2003, 11 p.

vigueur du Protocole du 23 février 1968¹³⁶ qui parle expressément de la clause Paramount dans son article 5. Puis, cet article devient l'article 10§1 (c) de la Convention de Bruxelles de 1924 modifiée. Alors, la Convention de Bruxelles de 1924 peut être appliquée de trois façons;

-soit lorsque le connaissement est émis dans un État Contractant;

-soit lorsque le transport a lieu au départ d'un port d'un État Contractant;

-soit lorsque le connaissement prévoit que les dispositions de la présente Convention ou de toute autre législation les appliquant ou leur donnant effet régiront le contrat.

La clause Paramount est répétée dans l'article 2§1 (e) des Règles de Hambourg, il dit que « *les dispositions de la présente Convention s'applique à tous les contrats de transport par mer entre deux États différents lorsque [...] 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* ». Mais cette clause est écartée par les Règles de Rotterdam puisque ces dernières prévoient déjà un champ d'application très large¹³⁷ et englobent tous les cas. Donc, ces Règles n'ont plus besoin d'utiliser la clause Paramount.

La clause Paramount peut renvoyer non seulement aux conventions internationales comme la Convention de Bruxelles de 1924 qui est le but visé au départ, mais aussi aux lois étrangères comme la loi du 18 juin 1966 ou au COGSA B.E.2534 (1991).

¹³⁶ BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.610.

¹³⁷ Article 5 des Règles de Rotterdam

Pour conclure, la clause de choix de la loi applicable et la clause Paramount sont les deux clauses qui permettent de savoir quelle loi sera applicable au contrat de transport maritime.

Section 2 : La neutralisation de la clause de choix de la loi applicable

The Act on Conflict of Law B.E.2481 (1938) est un droit spécial qui emporte le droit commun. Si nous pouvons noter un élément étranger dans la relation contractuelle et si les parties au contrat optent pour la loi étrangère qui sera la loi applicable, il faut donc appliquer la loi de conflit de lois. Néanmoins, même, avec l'existence d'un élément étranger au contrat de transport maritime mais que les parties ne le révèlent pas au juge, celui-ci peut immédiatement appliquer le COGSA B.E.2534 (1991) comme la relation contractuelle reste purement interne.

Toutefois, *the Act on Conflict of Law B.E.2481 (1938)* prévoit certaines limites pour l'application de la loi étrangère.

La première limite est l'ordre public et les bonnes mœurs. La section 5 du *the Act on Conflict of Law B.E.2481 (1938)* énonce que « *si la loi étrangère est considérée comme la loi applicable, elle peut être appliquée tant qu'elle n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ». Alors, quelle est la conséquence si la loi étrangère y est contraire ? La réponse est très facile, le juge appliquera certainement la loi thaïe. Un arrêt de la Cour suprême de l'année 1968¹³⁸ statue sur la question de l'applicabilité de la loi étrangère relative à la prescription. Les parties au contrat se mettent d'accord pour dire que la loi danoise sera la loi applicable et cela est inséré au connaissance. Normalement, dans la loi danoise, il y a des dispositions visant la prescription. Alors, de telles dispositions doivent s'appliquer mais devant la

¹³⁸ Arrêt de la Cour suprême n°1583/2511 (1968)

juridiction thaïe, la question de la prescription est considérée comme d'ordre public. Les dispositions relatives à la prescription de la loi danoise sont inapplicables.

La deuxième limite est la plus importante, c'est le COGSA B.E.2534 (1991). La section 4 prévoit que « *le présent COGSA est applicable aux transports par mer effectués au départ ou à destination d'un port thaïlandais sauf si le connaissement indique une loi étrangère ou une convention internationale applicable. Même si cela est inséré au connaissement mais une des parties au contrat, soit la personne physique, soit la personne morale, est de nationalité thaïlandaise, le COGSA doit obligatoirement s'appliquer* ». En principe, le COGSA thaï respecte le principe de la liberté contractuelle. Il consacre l'autonomie de la volonté des parties au contrat pour que les parties au contrat soient capables de choisir la loi applicable. Elles peuvent choisir donc non seulement la loi étrangère comme le COGSA australien mais aussi la convention internationale comme la Convention de Bruxelles de 1924 ou les Règles de Hambourg. Bref, le COGSA thaï permet donc d'insérer la clause de choix de la loi applicable au connaissement.

Mais la clause de choix de la loi applicable peut être légalement neutralisée si une partie au contrat de transport maritime est une personne physique ou une personne morale de nationalité thaïlandaise. Dans ce cas-là, le COGSA B.E.2534 (1991) doit impérativement s'appliquer même si les parties au contrat ont déjà choisi la loi applicable. Alors, la seule situation où les parties au contrat peuvent choisir la loi étrangère ou la convention internationale est quand toutes les parties sont de nationalité étrangère. Puis, la question posée est de savoir pourquoi le COGSA thaï le prévoit ainsi, et quelle est la raison derrière cette idée.

Bien que les conventions internationales comme la Convention de Bruxelles de 1924 et les Règles de Hambourg aient beaucoup d'influence lorsque le COGSA B.E.2534 (1991) a été adopté, il existe encore certaines différences entre cette loi thaïe et ces conventions internationales parce que, d'après M.Pathaichit

EAGJARIYAKORN¹³⁹, la Thaïlande n'est pas le pays dit des transporteurs mais le pays dit des chargeurs (*shipper country*). Donc, les transporteurs qui exploitent la ligne entre la Thaïlande et les pays étrangers sont plutôt des transporteurs étrangers. Quant à la loi applicable au contrat de transport maritime, c'est toujours le transporteur qui rédige le connaissement, ainsi la loi applicable au contrat sera souvent celle optée par le transporteur. Alors, elle dépend du transporteur, les chargeurs ou les destinataires thaïs n'ont aucun pouvoir pour négocier. Cela engendre la difficulté par exemple pour l'ayant droit à la marchandise thaï lorsqu'il subi un dommage, ce sera la loi étrangère qui s'appliquera conformément au connaissement du transporteur. Parfois, telle loi protège mieux le transporteur que l'ayant droit à la marchandise. Afin d'éviter ce problème, le législateur thaï insiste sur le fait que si une partie au contrat a la nationalité thaïlandaise, le COGSA thaï doit être la loi applicable. En outre, cela permet au COGSA d'avoir vocation à s'appliquer¹⁴⁰.

Dans un arrêt de la Cour suprême thaïe n°3882/2549, le juge statue sur la question de la juridiction compétente et la clause de choix de la loi applicable. Il s'agit d'un contrat de transport maritime qui transporte des marchandises entre la Thaïlande et l'Espagne. C'est donc un transport de marchandises par mer effectué au départ d'un port thaïlandais ou, autrement dit, le transport international de marchandises par mer au sens de la section 4 du COGSA B.E.2534 (1991). Au verso du connaissement, est insérée la clause de choix de la loi applicable et la loi du Hong Kong est choisie par les parties au contrat. Cependant, il apparaît que le chargeur est une personne morale thaïlandaise. Sans doute, il faut appliquer le COGSA B.E.2534 (1991) pour trancher ce litige et la clause de choix de la loi applicable est inapplicable dans ce cas.

Nous pourrions penser que le COGSA B.E.2534 (1991) est favorable aux Thaïlandais. Quant aux étrangers, cela reste un point dangereux parce qu'ils ne veulent pas que le COGSA thaïe soit applicable, pourtant ils sont obligés de le voir

¹³⁹ Professeur de la faculté de droit, à l'université Thammasat en Thaïlande.

¹⁴⁰ EAGJARIYAKORN, (P.), *Maritime Law 2*, Winyuchon, 6e édition, 2009, p.253-254.

appliquer à leurs transactions. Comme ils y sont contraints, ils ne veulent plus conclure de contrat de transport maritime avec les Thaïlandais.

De toute façon, non seulement la clause de choix de la loi applicable est importante lors d'un recours mais aussi la prescription. Bien que le transporteur soit responsable pour le dommage causé à la marchandise, il peut refuser de le réparer si la prescription est dépassée.

Chapitre 2 : La déchéance du recours: la prescription

Même s'il est certain que le transporteur doit être tenu responsable mais dans le cas où l'ayant droit à la marchandise ne saisit pas le juge de son litige dans le délai de prescription imparti, tout transporteur peut se décharger de sa responsabilité en invoquant que le délai de prescription est dépassé. Donc, la prescription est importante sur ce point-ci. L'ayant droit à la marchandise doit tenir compte de la prescription dans telle ou telle loi et savoir à qui s'applique-t-elle ? Par exemple, selon le COGSA B.E.2534 (1991), il permet au transporteur de se décharger de sa responsabilité lorsque l'action n'est pas intentée dans un an de leur livraison ou de la date à laquelle la marchandise devrait être livrée. La question est posée de savoir si la prescription prévue par le COGSA thaï ne s'applique qu'au transporteur. Peut-elle s'appliquer au mandataire ou préposé du transporteur ?

En ce qui concerne le mandataire ou le préposé du transporteur, l'ayant droit à la marchandise ne peut exercer que l'action délictuelle. Ce sont les Codes civil et commercial qui s'appliquent¹⁴¹. La prescription pour l'action délictuelle est prévue au maximum pour dix ans. Cela est différent du cas du transporteur dont la prescription est fixée par le COGSA. Alors, au niveau national, l'incohérence de la

¹⁴¹EAGJARIYAKORN, (P.), « la prescription relative à l'action en responsabilité en transport maritime », *Revue de la Cour de Propriété Intellectuelle et Commerce International*, 2004, p.394.

prescription existe entre le transporteur et son mandataire ou son préposé. Il paraît un peu bizarre que le mandataire et le préposé du transporteur aient une prescription de durée plus longue que celle retenue pour le transporteur. Dans ce cas, il vaut mieux modifier le COGSA B.E.2534 (1991), sinon, l'ayant droit à la marchandise cherche toujours à saisir le juge pour tenter un recours contre le mandataire et le préposé du transporteur au lieu de se retourner contre le transporteur lui-même. Avant la modification du COGSA et afin d'unifier la pratique maritime, il est indispensable de voir, au niveau international, comment sont analysées la prescription et l'incohérence entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique conventionnel (Section 1) et puis d'étudier le caractère d'ordre public de la prescription thaïe qui est le facteur majeur de l'incohérence entre le COGSA B.E.2534 (1991) et les conventions internationales (Section 2).

Section 1 : La diversité et l'incohérence de la prescription dans l'ordre juridique interne et l'ordre juridique conventionnel

Avant d'adopter un texte national ou conventionnel, la question préalable relative à la prescription est posée de savoir s'il faut une prescription courte ou une prescription longue parce que chaque type de prescription a ses avantages et ses désavantages. Pour la prescription courte, celle-ci est plutôt favorable au transporteur car le transporteur ne doit pas toujours conserver les preuves ou les évidences qui pourraient causer un coût financier conséquent pour les préserver. Puis, si le délai de prescription est bref, le transporteur aura moins d'inquiétude de savoir si oui ou non l'ayant droit à la marchandise exercera un recours contre lui. Quant à l'ayant droit à la marchandise, la prescription brève cause certaines difficultés comme par exemple dans le cas où la perte et le dommage de la marchandise sont causés lorsque la marchandise se trouve en pleine mer. Souvent le transporteur garde avec lui les preuves et les évidences, il faut donc un certain temps pour que l'ayant droit à la marchandise les récupère. Même si en cas de perte ou de dommage subis par la marchandise, l'ayant droit à la marchandise peut se prévaloir de la responsabilité de plein droit, les preuves et les évidences sont, quand même, importantes et nécessaires pour convaincre le juge et prouver la faute du transporteur. Si le transporteur commet

la faute qualifiée de faute de témérité, la limitation de responsabilité du transporteur est rejetée. Il réparera intégralement le dommage causé. Alors dans ce cas, la prescription longue est un peu plus favorable à l'ayant droit à la marchandise. Mais si elle est trop longue, le risque est de perdre les preuves et les évidences ou de les trouver difficilement.

De toute façon, il vaut mieux retenir le délai de prescription qui convient non seulement au transporteur mais aussi à l'ayant droit à la marchandise comme le chargeur et le destinataire. Dans les conventions internationales, notamment la Convention de Bruxelles de 1924 qui est le standard mondial, celle-ci prévoit une prescription annale. Par contre, pour les Règles de Hambourg et les Règles de Rotterdam, la prescription prévue est de deux ans. Alors, dans l'ordre juridique conventionnel, l'incohérence du délai de prescription existe. Pourquoi ces conventions internationales appliquent-elles le délai de prescription de manière différente ?

La Convention de Bruxelles a été adoptée le 25 août 1924 pour unifier certaines règles en matière de connaissance. Elle « *consacre un compromis habile entre les intérêts des armateurs et des chargeurs* »¹⁴². Mais cette Convention est plutôt favorable au transporteur, car elle a été rédigée par les pays dit des transporteurs (*shipping country*). Alors, le cas excepté de faute nautique est sauvé. Le montant de la limitation de responsabilité du transporteur est toujours très bas. Quant au délai de prescription, il est bref. Contrairement aux Règles de Hambourg, elles ressortent des travaux de la CNUCED et de la CNUDCI, organes des Nations Unies. La tentative de la rédaction de ce texte vient à la suite de la décolonisation. À ce moment-là, les membres de cette organisation sont les pays en voie de développement ou les pays des chargeurs, autrement dit. La raison pour laquelle les Règles de Hambourg ont été adoptées, c'est que « *la Convention de 1924 était trop favorable aux armateurs – donc aux transporteurs* »¹⁴³ et les Règles de Hambourg

¹⁴² BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.602.

¹⁴³ *Ib.*

souhaitent alourdir la responsabilité du transporteur. Le cas excepté de faute nautique disparaît et le délai de prescription est allongé jusqu'à deux ans. Voici, c'est la raison pour laquelle ces deux conventions ont adopté le délai de prescription de manière différente.

Concernant le champ d'application du délai de prescription, à l'origine, la prescription annale de la Convention de Bruxelles de 1924 ne s'applique qu'à la perte et au dommage. Puis, elle est élargie par le Protocole du 23 février 1968 qui prévoit que « [...], le transporteur et le navire seront en tout cas déchargés de toute responsabilité quelconque relativement aux marchandises ». À part la perte et le dommage, les autres cas relatifs à la marchandise¹⁴⁴ peuvent donc être soumis à la prescription d'un an. Pour les Règles de Hambourg, elles énoncent que « toute action relative au transport de marchandises par mer en vertu de la présente Convention est prescrite [...] dans un délai de deux ans. Elles incluent toute action relative au transport maritime, ainsi également l'action relative à la livraison sans connaissance »¹⁴⁵. Leur champ d'application est donc très large. C'est aussi le cas des Règles de Rotterdam dont le délai de prescription est limité à deux ans¹⁴⁶.

À propos de l'ordre juridique interne, la loi française du 18 juin 1966 se calque sur la Convention de Bruxelles de 1924. Donc, le délai de prescription est d'un an¹⁴⁷. Le champ d'application de la prescription annale de la loi française est large. Ce délai de prescription s'applique à toute action en responsabilité contre le transporteur, « elle concerne donc, non seulement les dommages matériels, mais aussi les dommages d'ordre financier, tel le préjudice subi par le destinataire du fait

¹⁴⁴ Par exemple le déroutement irraisonnable et le transport en pontée sans consentement du chargeur, in EAGJARIYAKORN, (P.), « la prescription relative à l'action en responsabilité en transport maritime », *Revue de la Cour de Propriété Intellectuelle et Commerce International*, 2004, p.385-386.

¹⁴⁵ EAGJARIYAKORN, (P.), « la prescription relative à l'action en responsabilité en transport maritime », *Revue de la Cour de Propriété Intellectuelle et Commerce International*, 2004, p.387.

¹⁴⁶ L'article 62 des Règles de Rotterdam mentionnent qu' « aucune action judiciaire et arbitrale relative à des réclamations ou des litiges découlant d'un manquement à une obligation prévue dans la présente Convention ne peut être engagée après l'expiration d'un délai de deux ans ».

¹⁴⁷ Article 32 de la loi du 16 juin 1966

de la livraison de la marchandise sans connaissance »¹⁴⁸. Tandis que le champ de l'application de la prescription annale de la loi française est extrêmement large, celui de la loi thaïe est très étroit. Conformément à la section 46 du COGSA B.E.2534 (1991), elle se limite son champ à la perte, au dommage et au retard à la livraison. Quant à la durée de prescription, c'est la prescription d'un an. Donc, le dommage relatif au manquement à l'obligation du transporteur ou à la livraison sans connaissance n'est pas soumis à la prescription du COGSA¹⁴⁹. C'est le Code civil et commercial qui s'applique. Sa section 193/30 dit qu' « *au cas où ce Code ou autres lois ne prévoient pas la prescription, s'applique le délai de prescription de dix ans* ». Cela est affirmé par l'arrêt de la Cour suprême thaïe n°57/2542 (1999), la prescription de dix ans du Code civil et commercial s'applique à l'action relative à la livraison sans connaissance. Le transporteur livre la marchandise à une personne autre qu'au véritable destinataire mentionné au recto du connaissance, la prescription de l'action contre ce transporteur est dix ans¹⁵⁰.

La prescription de chaque texte est différente. Elle dépend de la politique de chaque pays et de la situation lors de la rédaction. En Thaïlande, la prescription revête le caractère d'ordre public. À cause de ce caractère, beaucoup de problèmes se posent dans l'action relative au transport maritime. Cela engendre finalement une divergence entre le COGSA B.E.2534 (1991) et les conventions et les pratiques internationales.

Section 2 : Le caractère de l'ordre public de la prescription en Thaïlande

Avant l'entrée en vigueur du COGSA B.E.2534 (1991), le juge thaï utilisait la prescription indiquée dans le Code civil et commercial à l'action en responsabilité contre le transporteur. Dans un premier temps, il avait appliqué la prescription annale

¹⁴⁸ BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.821.

¹⁴⁹ EAGJARIYAKORN, (P.), « la prescription relative à l'action en responsabilité en transport maritime », *Revue de la Cour de Propriété Intellectuelle et Commerce International*, 2004, p.385.

¹⁵⁰ Arrêt de la Cour suprême n°292/2544

qui était insérée dans la section 624 du Code. Ce Code prévoit les règles générales relatives à tous les modes de transport de marchandises. Le juge a confirmé l'application de cette prescription annale dans l'arrêt de la Cour suprême n°784/2502 en expliquant qu'il n'y avait pas encore de règles relatives spéciales au transport de marchandises par mer. Alors, la prescription énoncée dans la section 624 du Code civil et commercial a été appliquée.

Puis, cet arrêt a été renversé par une série d'arrêts de la Cour suprême thaïe. Le juge a stipulé que comme les règles particulières du transport de marchandises par mer n'existaient pas, la prescription générale du Code civil et commercial devait être applicable. La prescription générale est de dix ans¹⁵¹. Toute action visant la demande de la réparation a été soumise à cette prescription¹⁵².

En 1989, nous assistons au second revirement de jurisprudence. Le juge de la Cour suprême a statué de la même façon que dans l'arrêt n°784/2502¹⁵³. Alors, c'était la prescription d'un an qui avait été appliquée au transport maritime. Il est intéressant de se demander pourquoi le juge a choisi de retenir la prescription annale pour l'action relative au transport maritime. Il est probable que la prescription de dix ans était trop longue pour être appliquée au transport maritime et elle ne correspondait pas à la Convention de Bruxelles de 1924 qui était la convention applicable à ce moment-là¹⁵⁴.

Cependant, la prescription annale est peut-être un peu courte pour le pays dit des chargeurs comme la Thaïlande parce qu'elle est plus favorable au transporteur qu'à l'ayant droit à la marchandise. Aussi, elle pose le problème, par exemple avant la promulgation du COGSA B.E.2534 (1991), qu'un assureur tente d'aller à

¹⁵¹ Section 193/30 du Code civil et commercial

¹⁵² Arrêt de la Cour suprême n°447/2521 (1978), 585/2521 (1978), 731-732/2523 (1980), 414/2524 (1981) et 871/2525 (1982)

¹⁵³ Arrêt de la Cour suprême n°1066/2532 (1989), 1287/2532 (1989), 1709/2532 (1989), 121/2536 (1993) et 1966/2539 (1996)

¹⁵⁴ EAGJARIYAKORN, (P.), *Maritime Law 2*, Winyuchon, 6e édition, 2009, p.203.

l'encontre d'un transporteur. La livraison de la marchandise se fait en 1981¹⁵⁵. Pour la procédure de la subrogation, il prend un peu de temps. Donc, l'assureur qui subroge aux droits de l'ayant droit à la marchandise exerce le recours contre le transporteur en 1983. Le transporteur est déchargé de sa responsabilité puisque le délai de prescription est dépassé¹⁵⁶. En conséquence, il vaut mieux modifier le délai de la prescription d'un an à deux ans parce que cela permet ce problème de se trouver réduit¹⁵⁷.

En observant le COGSA B.E.2534 (1991), aucune disposition permet de prolonger le délai de prescription. Par rapport à la Convention de Bruxelles de 1924, aux Règles de Hambourg et aux Règles de Rotterdam, ceci est le point de divergence. À propos des conventions internationales, au départ, la Convention de Bruxelles de 1924 ne dit rien au sujet de la prolongation du délai de prescription. Puis, modifiée par le Protocole du 23 février 1968, cette fois, elle précise comment prolonger la prescription en disant que « *ce délai peut toutefois être prolongé par un accord conclu entre les parties postérieurement à l'événement qui a donné lieu à l'action* ». Les Règles de Hambourg la mentionnent aussi en détaillant que « *la personne à qui une réclamation a été adressée, peut à tout moment pendant le délai de prescription, prolonger ce délai par une déclaration adressée par écrit à l'auteur de la réclamation [...]* ». Les Règles de Rotterdam, quant à elles, interdisent expressément la suspension et l'interruption de la prescription mais la prolongation est autorisée. Ces conventions internationales affirment la prolongation du délai de prescription afin de donner l'occasion aux parties au contrat de négocier avant de déposer les affaires devant la Cour. Cela aidera à diminuer les litiges devant la Cour¹⁵⁸. La question est posée de savoir pourquoi le COGSA thaï ne permet pas cette possibilité.

¹⁵⁵ Le délai de prescription court dès que la livraison est effectuée.

¹⁵⁶ Arrêt de la Cour suprême n°1287/2532 (1989)

¹⁵⁷ EAGJARIYAKORN, (P.), « la prescription relative à l'action en responsabilité en matière de transport maritime », *Revue de la Cour de Propriété Intellectuelle et de Commerce International*, 2004, p.381.

¹⁵⁸ EAGJARIYAKORN, (P.), « la prescription relative à l'action en responsabilité en matière de transport maritime », *Revue de la Cour de Propriété Intellectuelle et Commerce International*, 2004, p.383.

En principe, devant la juridiction thaïe, la question de la prescription est considérée comme conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il est interdit de la raccourcir ou de la prolonger. Le Code civil et commercial dit qu'il est improbable de raccourcir ou de prolonger le délai de prescription fixé par la loi¹⁵⁹. Cette idée a considérablement influencé le COGSA B.E.2534 (1991). Tant que le COGSA thaï est la loi spéciale et le Code civil et commercial relèvent du droit commun, ce dernier s'appliquera au cas où le COGSA ne le prévoit pas et c'est aussi le cas de la prolongation du délai de prescription. Alors, dans une décision du Centre de la cour de propriété intellectuelle et du commerce international¹⁶⁰, elle énonce que l'accord entre les parties au contrat de transport maritime pour prolonger le délai de la prescription fixé par le COGSA B.E.2534 (1991) est nul parce qu'il est interdit par le Code civil et commercial. Mais pourquoi un tel accord entre les parties au contrat est interdit puisque c'est l'ayant droit à la marchandise qui en bénéficie. La section 17 du COGSA précise qu' « *est nul et de nul effet toute clause ayant directement ou indirectement pour objet ou pour effet: (1) de soustraire le transporteur à la responsabilité fixé par le COGSA. [...].* ». Cet accord n'a pas pour effet de soustraire le transporteur à sa responsabilité. Par contre, il étend la durée de la responsabilité du transporteur et cela n'est pas contraire à l'esprit du texte. Donc, une seule réponse est que la prescription est une question d'ordre public. Elle ne peut pas être différente de ce qui est fixé par la loi.

Afin d'éviter cette nuance, la section 47 du COGSA B.E.2534 (1991) est créée. Elle dit qu' « *avant la fin du délai de prescription, la personne qui est poursuivie peut donner son consentement [...] pour affirmer que la question de la prescription n'est pas soulevée pendant la procédure judiciaire ou la procédure arbitrale. Un tel consentement est valable* ». Nous pourrions penser que cela est une façon implicite d'étendre le délai de prescription. Au lieu de dire explicitement la prolongation de la prescription, le transporteur promet de ne pas invoquer la question de prescription.

¹⁵⁹ Section 193/11 du Code civil et commercial

¹⁶⁰ Décision du Centre de la cour de propriété intellectuelle et commerce international n°335/2545 (2001)

Dans un arrêt récent de la Cour suprême, l'arrêt n°2888/2549 (1991), il s'agit d'un transport international de marchandises par mer. La destination est Taïwan et la date estimée d'arrivée est le 25 mars 2000. Mais le navire a un accident et ne peut plus continuer sa route. Il retourne donc en Thaïlande. Ensuite, plusieurs négociations ont lieu entre le transporteur et l'ayant droit à la marchandise et finalement, le transporteur fait une lettre dans laquelle il dit « *we agree to grant you three-month time extention until 25th June 2001* »¹⁶¹. Littéralement, ceci est la prolongation du délai de prescription. Elle est, peut-être, contraire au principe posé par le Code civil et commercial parce que la prescription est une question d'ordre public. Elle ne peut être ni raccourcie ni prolongée. Mais d'après la Cour suprême, il faut rechercher ce que les parties au contrat voulaient vraiment stipuler et révéler la vraie intention des parties qui est cachée derrière la lettre. La Cour trouve que le transporteur énonce qu'il n'invoquera pas la prescription si l'ayant droit à la marchandise exerce le recours dans le 25 juin 2001 et son consentement est donné avant que la prescription soit dépassée. Alors, conformément à la section 47, le consentement du transporteur est jugée valable et applicable.

Toutefois, la difficulté de la section 47 ne s'arrête pas là. Plusieurs questions sont soulevées par exemple combien de fois peut-elle être exécutée ? Dans le cas où l'ayant droit à la marchandise serait poursuivi, peut-il faire comme dit la section 47 afin d'en faire bénéficier le transporteur ?¹⁶²

En comparant entre les conventions internationales et la section 47 du COGSA B.E.2534 (1991), le cas de la Thaïlande est plutôt exceptionnel et ne correspond pas à la pratique internationale. Donc, il vaut mieux ne pas laisser ce point lors de la modification du COGSA thaï.

¹⁶¹ CHANCHEEWA, (P.), « Extension of time limit under the Carriage of Goods by Sea Act B.E.2534 (1991) (Thai COGSA) », <http://www.pramuanchai.com/download/article1.pdf>, 16 août 2013, p.2.

¹⁶² *Ib.*

TITRE 2 L'APPLICATION DES CLAUSES DÉROGATOIRES AU DROIT COMMUN

À propos des clauses du connaissance, elles peuvent être classées en deux catégories; soit les clauses qui font parties de l'économie générale du contrat, soit les clauses dérogatoires au droit commun. La distinction entre ces deux clauses a des effets sur la validité et sur l'opposabilité de la clause. Par exemple, le cas de la clause de livraison sous palan, celle-ci s'intègre à l'économie générale du contrat. Cela est assuré par la Cour de cassation¹⁶³ en disant que « *cette clause est une stipulation qui concerne l'économie même du contrat de transport [maritime] en précisant, sans déroger à une règle générale, l'étendue des obligations du transporteur* »¹⁶⁴. Grâce à cela, la clause de la livraison sous palan est toujours opposable aux ayants droit à la marchandise¹⁶⁵; non seulement au chargeur mais aussi au destinataire. Mais ce n'est pas le cas de la clause dérogatoire au droit commun.

Deux clauses importantes illustrent bien le cas de la clause dérogatoire au droit commun, ce sont la clause d'arbitrage et la clause de juridiction. La clause d'arbitrage ou la clause compromissoire est insérée souvent au connaissance de la charte-partie. Pour régler le problème, cette clause renvoie à l'institution arbitrale. En principe, la clause d'arbitrage est considérée comme la clause dérogatoire au droit commun, donc pour qu'elle soit opposable au destinataire, elle nécessite une acceptation spéciale du destinataire¹⁶⁶. Cette idée a été défendue par deux arrêts de la Cour de cassation, les arrêts-ci nommés *Lindos*¹⁶⁷ et *Pella*¹⁶⁸. Avec ces arrêts, le principe de compétent-compétent a été développé. Dans l'aspect positif de ce principe, c'est le tribunal arbitral qui est compétent pour juger la validité de la clause, tandis que dans l'aspect négatif, lorsque la juridiction judiciaire est saisie afin de se prononcer sur la validité de la clause, elle doit impérativement se déclarer

¹⁶³ CCASS, 16 janvier 1996

¹⁶⁴ Mestre, (J.), « L'économie du contrat », *RTD Civ.*, 1996, p.901.

¹⁶⁵ L'arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1996 énonce que la clause de livraison sous palan est « *opposable au destinataire sans qu'il soit nécessaire que celui-ci ait spécialement manifesté la volonté de l'accepter* ».

¹⁶⁶ CCASS, 29 novembre 1994, navire *Stolt Osprey*, DMF, 1995.218, obs.Y.TASSEL

¹⁶⁷ CCASS, 22 novembre 2005, navire *Lindos*, DMF 2006.16, obs.P.BONASSIES

¹⁶⁸ CCASS, 21 février 2006, navire *Pella*, DMF 2006.383, obs. Ph. DELEBECQUE

incompétente à l'exécuter. Le tribunal arbitral est ainsi la seule institution qui est capable de trancher la question de la validité de la clause d'arbitrage. Cela engendre certaines nuances par exemple, avec le principe de compétent-compétent, il déclare le tribunal français incompetent pour statuer sur la validité de la clause¹⁶⁹.

Quant à la clause d'arbitrage en Thaïlande, elle ne pose pas beaucoup de problème. Au moins, deux lois facilitent cette clause, ce sont le Code de procédure civile et *Arbitration Act B.E.2545 (2002)*. Pour la question de l'opposabilité au destinataire, la clause d'arbitrage est opposable au destinataire si le connaissance la mentionne¹⁷⁰. Elle est considérée comme « back clauses ». Donc en ce qui concerne la clause d'arbitrage, la Thaïlande s'est internationalisée. Elle a ratifié la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958. De ce fait, non seulement la clause d'arbitrage est applicable en Thaïlande mais la juridiction thaïe accepte aussi d'exécuter les sentences arbitrages étrangères. Par contre, pour la clause de juridiction, elle pose une grande difficulté en Thaïlande en ce moment. En effet, son existence est ambiguë. Il est donc intéressant d'étudier, tout d'abord, en comparant avec le cas de la France dont la difficulté est résolue, le fondement de la clause de juridiction afin de pouvoir déterminer son applicabilité (Chapitre 1) et puis les conséquences de la clause de juridiction afin de pouvoir déterminer son avenir (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La mise en application de la clause de juridiction

En cas de la perte, de dommage subis par la marchandise ou bien de retard à la livraison, ce n'est pas toujours que les parties au contrat de transport maritime trouvent une solution amiable. Beaucoup de litiges sont amenés devant la cour mais la question posée est de savoir si le juge de telle ou telle juridiction est compétent

¹⁶⁹ BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.808.

¹⁷⁰ Section 26 du COGSA B.E.2534 (1991)

pour trancher ces litiges. Comme c'est en matière de transport de marchandises par mer, au moins deux juridictions sont compétentes dans la relation.

Dans la plupart du connaissement de ligne régulière, la clause de juridiction est insérée par le transporteur. Cette clause désigne la juridiction devant laquelle les parties au contrat soumettront la requête lors d'un litige. Mais il faut faire attention que la clause de choix de la loi applicable et la clause de juridiction soient distinctes. Quand les parties au contrat de transport maritime choisissent la loi anglaise comme loi applicable, cela ne veut pas dire que c'est la juridiction anglaise qui est compétente. Réciproquement, quand la juridiction anglaise est désignée, cela ne veut pas dire que c'est la loi anglaise qui est la loi applicable. Ces deux clauses sont très proches mais indépendantes.

Chaque État a sa souveraineté et sa propre juridiction, alors, la question de l'applicabilité de la clause de juridiction est traitée de manière différente (Section 1). Quant à la question de l'opposabilité de la clause de juridiction, elle est indispensable lorsqu'elle est considérée comme la clause dérogatoire au droit commun (Section 2).

Section 1 : Le fondement juridique de la clause de juridiction

Au niveau international, la Convention de Bruxelles de 1924 est reconnue comme la convention classique en matière du transport de marchandises par mer. Elle reste muette sur la question de clause d'arbitrage et aussi sur celle de la clause de juridiction. Même si, modifiée à deux reprises, par le Protocole du 23 février 1968 d'une part et le Protocole du 21 décembre 1979 d'autre part, aucune disposition relative à la clause d'arbitrage ou de juridiction n'a été insérée¹⁷¹.

¹⁷¹ TETLEY, (W.), « Jurisdiction clauses and forum non conveniens in the carriage of goods by sea act », *Jurisdiction and forum selection in international maritime law*, Essays in Honor of Robert Force (Martin Davies, ed.), Kluwer Law International, The Hague, 2005, Chapter 6 at p.183-263.

Pourtant, les Règles de Hambourg désignent quatre juridictions compétentes dans son article 20; soit le tribunal de l'établissement principal ou de la résidence habituelle du défendeur, soit le tribunal du lieu de la conclusion du contrat, soit le tribunal du port de chargement ou déchargement, soit le tribunal de tout autre lieu désigné à cette fin dans le contrat de transport par mer. Ces quatre types de juridictions ont réussi dans la manière indirecte puisque « *les pays nordiques*¹⁷² *qui se rattachent toujours à la Convention de Bruxelles de 1924 ont adopté un Code maritime commun de 1994. Ce Code désigne les mêmes juridictions compétentes que celles prévues par les Règles de Hambourg, à condition que le port de chargement, le port de déchargement convenu ou le port actuel de déchargement soit situé dans l'un de ces pays nordiques* »¹⁷³.

Tandis que les Règles de Rotterdam prévoient non seulement les juridictions compétentes mais aussi valident la clause de juridiction en disant que « *[...], le demandeur a le droit d'intenter une action judiciaire contre le transporteur en vertu de la présente Convention: [...] b) Devant un tribunal ou des tribunaux compétentes désignés par un accord entre le chargeur et le transporteur pour trancher les réclamations [...]* »¹⁷⁴. C'est-à-dire, la clause de juridiction est jugée valable et il est possible aussi de choisir la juridiction compétente. Toutefois, cette disposition n'a pas force obligatoire. Elle ne lie que les États contractants qui se déclarent s'y soumettre¹⁷⁵. C'est la disposition supplémentaire.

En ce qui concerne la loi interne de la France, auparavant, c'était la loi du 2 avril 1936 qui régissait le contrat de transport maritime international. Elle a expressément interdit l'application de la clause d'arbitrage et celle de la clause de juridiction qui ne permet à la juridiction française de se déclarer compétente lorsque

¹⁷² Danemark, Finlande, Norvège et Suède

¹⁷³ TETLEY, (W.), « Jurisdiction clauses and forum non conveniens in the carriage of goods by sea act », *Jurisdiction and forum selection in international maritime law*, Essays in Honor of Robert Force (Martin Davies, ed.), Kluwer Law International, The Hague, 2005, Chapter 6 at p.183-263

¹⁷⁴ Article 66 des Règles de Rotterdam

¹⁷⁵ BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.795.

c'était le cas de la navigation réservée¹⁷⁶, notamment le cas d'un transport entre deux ports français par un navire français¹⁷⁷. Puis, cette loi a été subrogée et remplacée par la loi du 18 juin 1966. Cette dernière ne traite ni de la clause d'arbitrage ni de la clause de juridiction. Seul le décret du 31 décembre 1966 ajoute certaines juridictions compétentes¹⁷⁸ autre que celles prévues par le droit commun.

Comme le caractère de la clause de juridiction est important car il a un effet sur la validité de la clause, donc, la clause de juridiction doit être rédigée de manière très précise. Dans le passé, la clause de juridiction devait spécifier exactement la juridiction désignée par exemple le tribunal d'Aix-en-Provence. La désignation nominale était obligatoire¹⁷⁹, elle devait être déterminée. Mais ce n'est plus le cas d'aujourd'hui, il suffit que la juridiction soit déterminable. Cependant, la clause de juridiction qui propose certains choix aux parties au contrat n'est pas considérée comme déterminable¹⁸⁰. Selon l'article 48 du Code de procédure civile français, il introduit deux critères pour déterminer la validité de la clause de juridiction; l'un est que c'est la clause entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et l'autre c'est celle qui est mentionnée de façon apparente. Le problème est soulevé car en matière de transport maritime, le chargeur n'a pas toujours la qualité de commerçant et la clause de juridiction dans le connaissement est rédigée en minuscules et, parfois, est illisible. Avec l'article 48, la clause de juridiction insérée au connaissement n'a plus vocation à être appliquée et cela ne correspond pas à la pratique en commerce international. Alors, la Cour de cassation écarte cette situation en imposant que l'article 48 du Code de procédure civile ne s'applique pas lorsque cela touche le transport international. Mais, « *rien n'interdit au juge de constater, dans un cas concret, qu'une clause de juridiction imprimée en*

¹⁷⁶ Article 10 de la loi du 2 avril 1936

¹⁷⁷ TETLEY, (W.), « Jurisdiction clauses and forum non conveniens in the carriage of goods by sea act », *Jurisdiction and forum selection in international maritime law*, Essays in Honor of Robert Force (Martin Davies, ed.), Kluwer Law International, The Hague, 2005, Chapter 6 at p.183-263.

¹⁷⁸ L'article 54 ajoute que les actions nées du contrat de transport maritime peuvent être portées devant le tribunal du port de chargement ou de déchargement, s'il est situé sur le territoire de la France.

¹⁷⁹ *Ib.*

¹⁸⁰ *Juris-Classeur Procédure* 3, fascicule 212-1, §93., CA de Rouen, 23 avril 1981, DMF 1982, p.236., in TETLEY, (W.), « Jurisdiction clauses and forum non conveniens in the carriage of goods by sea act », *Jurisdiction and forum selection in international maritime law*, Essays in Honor of Robert Force (Martin Davies, ed.), Kluwer Law International, The Hague, 2005, Chapter 6 at p.183-263.

caractères minuscules est illisible, et par là inopposable tant au chargeur qu'au destinataire »¹⁸¹.

Enfin, pour le cas de l'applicabilité de la clause de juridiction en Thaïlande, cela est différent de ceux de la Belgique, de l'Italie et de la Suisse dont le droit international privé prévoit la juridiction compétente en matière de relations internationales¹⁸². Quant à la Thaïlande, ni *the Act on Conflict of Law B.E.2481 (1938)*, ni le droit international privé ne traitent de la juridiction qui serait compétente en matière de relations internationales. Donc, le Code de procédure civile thaïe s'applique même dans une relation dans laquelle un élément étranger apparaît.

Avant la modification du Code de procédure civile en 1991, la section 7(4) assurait la clause de juridiction en disant qu' « *en présence d'un écrit précisant que les parties au contrat se mettent d'accord d'amener les réclamations nées ou pouvant naître du contrat devant certaine juridiction, même si elle n'est pas la juridiction compétente selon le présent Code, tel écrit est valable à moins que ce soit la juridiction du domicile d'une partie au litige, la juridiction de la cause d'action ou la juridiction du bien plaidé* ». Donc, le Code de procédure civile a accepté la clause de juridiction en imposant certains critères. Les parties au contrat sont autorisées à choisir la juridiction étrangère mais elles ne peuvent pas la choisir sans qu'aucun lien substantiel n'existe. Sur ce point, la Cour suprême thaïe l'a déjà confirmé¹⁸³. Le chargeur et le transporteur insèrent la clause de juridiction au connaissance, ils choisissent la juridiction anglaise comme la juridiction désignée. Mais la juridiction anglaise n'est pas la juridiction du domicile d'une partie au litige et, non plus, la juridiction de la cause de l'action. Alors, cette clause n'est pas applicable et la juridiction thaïe se déclare compétente dans ce cas. La clause de juridiction dans ce litige n'est pas applicable. Cela pourrait être interprété autrement

¹⁸¹ BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.797.

¹⁸² PIVAVATNAPANICH, (P.), *Droit international privé*, Bangkok, Thammasat, 2e édition, 2010, p.96.

¹⁸³ Arrêt de la Cour suprême n°951/2539 (1996)

que devant la juridiction thaïe, si les critères de la section 7(4) sont remplis, la clause de juridiction est pleinement applicable.

Certaines remarques se font sur la section 7(4) du Code de procédure civile. La question est posée de savoir si cette disposition a vocation à régir les relations internationales car il est difficile, avec le double critère de la clause de juridiction, par exemple, la juridiction désignée doit être aussi la juridiction du domicile d'une partie au litige. Selon M.Prasit PIVAVATNAPANICH¹⁸⁴, cette clause s'applique plutôt au choix de la juridiction interne qu'au choix de la juridiction étrangère. Cependant, le problème de l'application de la section 7(4) n'existe plus puisqu'elle a été effacée lors de la modification du Code de la procédure civile. Donc, dès ce moment-là, c'est la lacune en matière de loi relative à la clause de juridiction.

Section 2 : Les impacts de la clause de juridiction sur le tiers porteur du connaissance

Tandis que la question de la validité de la clause de juridiction est importante, la question de l'opposabilité de la clause de juridiction est aussi indispensable parce qu'elle n'a pas vocation à s'appliquer si elle n'est pas opposable soit au chargeur, soit au destinataire, même si la clause est déjà jugée valable. Le cas de la clause de juridiction en France peut être classé dans deux cadres juridiques. L'un est le cadre juridique de l'Union européenne et l'autre est le cadre juridique hors de l'Union européenne.

Dans le cadre juridique de l'Union européenne, non seulement les jurisprudences françaises qui ont beaucoup d'influence sur la question de l'opposabilité de la clause de juridiction mais aussi les jurisprudences de la Cour de justice des Communautés (CJCE) ou, aujourd'hui, la Cour de justice de l'Union

¹⁸⁴ PIVAVATNAPANICH, (P.), *Droit international privé*, Bangkok, Thammasat, 2e édition, 2010, p.97.

européenne (CJUE). Pour le chargeur, la situation n'est pas compliquée parce qu'il est présent lors de la conclusion de contrat de transport maritime. Auparavant, il donnait son consentement en signant le connaissement au plus tard au moment où le contrat est conclu¹⁸⁵. Mais, maintenant, si les parties au contrat ont toutes une entreprise domiciliée dans l'Union européenne ou dans l'État de l'Espace économique européen, le règlement du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale s'applique. Le principe posé par ce règlement est que « *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 de même type de la branche commerciale considérée* »¹⁸⁶, par conséquent, la clause est opposable aux parties au contrat. Le transport international de marchandise par mer peut être considéré comme une branche de commerce international et le connaissement est la forme très connue dans ce mode de transport dans lequel est insérée toujours la clause de juridiction. Aussi, il est difficile pour le chargeur d'invoquer qu'il ne connaît pas la clause de juridiction parce que cette clause peut être trouvée dans tous les connaissements de la ligne régulière. Donc, d'après ce règlement du 22 décembre 2000, la clause de juridiction est certainement opposable au chargeur. Cela a été confirmé par l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 16 mars 1999, *Castelleti*¹⁸⁷.

Quant à la situation du destinataire, elle est plus confuse et peut être classée en trois temps. Dans un premier temps, le chargeur est le mandataire implicite du destinataire. Si le chargeur accepte la clause de juridiction, c'est-à-dire que le destinataire l'accepte également. Mais la conception de mandat implicite n'est pas appliquée par la juridiction française.

¹⁸⁵ CCASS, 29 novembre 1994, *Nagasaki*

¹⁸⁶ Sur le sens des termes « *dans le commerce international* », voir les obs. d'O. CACHARD, sous CCASS, 14 novembre 2004, *DMF*, 2005.247., in BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.798-799.

¹⁸⁷ La reconnaissance et le consentement sont présumés exister lorsque le comportement est conforme à l'usage international.

De ce fait, la Cour de cassation assure le principe posé par l'arrêt *Nagasaki*¹⁸⁸ et l'applique aussi à la situation du destinataire. Alors, pour que la clause de juridiction soit opposable au destinataire, l'acceptation de la part du destinataire est nécessaire. Le consentement du chargeur et du destinataire sont séparés l'un de l'autre.¹⁸⁹ Selon la pratique du transport maritime international, le destinataire ne signe jamais le connaissement. Donc, comment le destinataire montre-t-il son acceptation ? Il y a la tentative de dire que l'acceptation du destinataire se manifeste lorsqu'il prend la livraison de la marchandise. Cette idée revient au comportement implicite du destinataire. Mais il est douteux que le destinataire sache vraiment que la clause de juridiction lui est appliquée quand il prend la livraison. Afin d'éviter ce problème, la Cour de cassation rend un arrêt du 16 janvier 1996¹⁹⁰ en précisant qu'il faut l'acceptation « *spéciale* ou *manifeste* » du destinataire. Le retrait de la marchandise ne suffit pas pour l'acceptation spéciale ou manifeste. Mais cette décision de la Cour de cassation de la chambre commerciale est contraire à celle rendue par la chambre civile de la Cour de Cassation, dans un arrêt *Bonastar II*¹⁹¹, dans lequel il est dit que la clause de juridiction est opposable au destinataire et à l'assureur qui subroge aux droits du destinataire parce qu'une telle clause fait partie de l'économie générale du contrat de transport maritime.

Quant au niveau des jurisprudences de l'Union européenne, la clause de juridiction est opposable au destinataire lorsque dans le droit interne applicable, le destinataire succède aux droits et aux obligations du chargeur. Cependant, dans le droit français, le destinataire ne succède pas aux droits et aux obligations du chargeur. Alors, la clause de juridiction n'est pas opposable au destinataire. Contrairement au droit anglais, le destinataire succède aux droits et aux obligations du chargeur et la clause lui est donc opposable.

¹⁸⁸ Voir *supra*.

¹⁸⁹ BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.798-799.

¹⁹⁰ CCASS, 16 janvier 1996, *Chang Ping*

¹⁹¹ CCASS, 12 juillet 2001, *Bonastar II*

Il faut attendre jusqu'à ces derniers temps pour que les situations soient unifiées. Deux arrêts sont rendus le 16 décembre 2008 par la chambre commerciale et par la chambre civile de la Cour de cassation. Ces deux arrêts relatent que la clause de juridiction est opposable au destinataire quand, en vertu du droit national, le destinataire succède aux droits et aux obligations du chargeur en acquérant le connaissement. Si le destinataire ne succède pas aux droits et aux obligations du chargeur, il faut vérifier le consentement du destinataire en regardant l'usage international de la clause de juridiction prévu par l'article 23 du règlement du 22 décembre 2000.

Néanmoins, pour le cadre juridique hors de l'Union européenne, l'arrêt *Nagasaki*¹⁹² s'applique toujours. Pour que la clause de juridiction soit opposable au destinataire, son acceptation au plus tard au moment de la livraison, est exigée.

En Thaïlande, la situation de l'opposabilité de la clause de juridiction est moins compliquée que celle en France. Pourtant, elle n'est pas encore vraiment résolue. Normalement, la clause de juridiction est insérée au verso du connaissement et elle est considérée comme faisant partie des conditions générales du contrat. Mais il y a deux types de connaissement; soit le connaissement *short form*, soit le connaissement *long form*. Dans le connaissement *short form*, les conditions générales du contrat de transport maritime ne figurent pas au verso du connaissement mais elles sont renvoyées aux conditions générales du transporteur. La question est posée de savoir si la clause de juridiction dans le connaissement *short form* est opposable. En France, si une telle clause n'est pas rappelée au connaissement, elle n'est opposable ni au chargeur ni au destinataire¹⁹³. Pareillement, pour le cas de la charte-partie, « 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 »¹⁹⁴. La justification de la Cour de cassation dans cet arrêt pourrait être qu'il est permis au connaissement, de toujours circuler, alors il est

¹⁹² Voir *supra*.

¹⁹³ BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.640.

¹⁹⁴ *Ib.*

difficile pour le dernier endossataire ou pour le dernier porteur, de connaître toutes les conditions du contrat. M.BONASSIE se demande, pourtant, dans son traité de droit maritime si l'arrêt de la Cour de cassation n'est pas en voie d'évolution?¹⁹⁵

Quant aux jurisprudences anglaises, elles se développent beaucoup à ce propos. La clause d'arbitrage insérée dans la charte-partie s'applique non seulement à la relation du contrat d'affrètement mais aussi à la relation du contrat de transport maritime, à condition que le connaissement mentionne le seul mot « *clauses* »¹⁹⁶. Cela suffit, pour le juge, qu'un tel mot soit stipulé pour incorporer la clause d'arbitrage de la charte-partie dans le connaissement. Par contre, la clause d'arbitrage n'est pas applicable au connaissement même si le transporteur stipule que toutes les conditions générales sont insérées au connaissement parce que le mot clé « *clauses* » n'est pas mentionné¹⁹⁷. Puisque la clause d'arbitrage et la clause de juridiction ont les mêmes caractères généraux par exemple, elles dérogent toutes deux, au droit commun et que le destinataire est censé savoir que le contrat d'affrètement contient toujours la clause d'arbitrage et que le contrat de transport maritime contient toujours la clause de juridiction, il est donc intéressant de poser la question de savoir si ce principe posé par la juridiction anglaise pourrait s'appliquer à la clause de juridiction qui est précisée ailleurs lorsque le connaissement *short form* est utilisé. Si cela est le cas, la clause de juridiction sera aussi considérée comme « *back clauses* » parce qu'au verso du connaissement, le mot clé figure déjà et il renvoie à la clause de juridiction.

Étant qualifié de « *back clauses* » devant la juridiction thaïe, le COGSA B.E. 2534 (1991) donne beaucoup d'avantages. Sa section 26 dit que « *lorsque le connaissement est délivré, la relation entre le transporteur et le destinataire est prévue par les conditions du connaissement* ». De ce fait, il n'y a pas de problème de l'opposabilité de la clause de juridiction au destinataire, notamment pour le cas de la

¹⁹⁵ BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.640.

¹⁹⁶ The Merak [1965].

¹⁹⁷ The Federal Bulker [1989]

clause de juridiction du connaissement *long form* comme la clause de juridiction est une des conditions du connaissement.

Cependant, la question de l'opposabilité est un grand problème dans le cas de l'assureur qui subroge aux droits et aux obligations du destinataire. Bien que la clause de juridiction soit mentionnée dans le connaissement et soit opposable au destinataire, elle est inopposable à l'assureur qui subroge aux droits et aux obligations du destinataire¹⁹⁸. La désignation de la juridiction n'est qu'un accord entre le transporteur et l'ayant droit à la marchandise, et il n'engage pas l'assureur¹⁹⁹. Théoriquement, il est difficile de dire que la clause de juridiction n'est pas opposable à l'assureur parce qu'il subroge aux droits et aux obligations du destinataire. Celui-ci doit donc avoir les mêmes droits et les mêmes obligations que le destinataire. La clause de juridiction est opposable au destinataire, elle devrait être alors, opposable aussi à son assureur. D'après cette situation, c'est la subrogation légale. Il suppose que le destinataire et son assureur ont les mêmes droits et les mêmes obligations mais devant la juridiction thaïe, l'assureur a de meilleurs droits et de meilleures obligations que le destinataire. L'assureur peut décider lui-même d'accepter la clause de juridiction²⁰⁰. Cela reste encore le problème.

Enfin, les situations ci-dessus étaient celles qui avaient lieu avant la modification du Code de procédure civile. Alors qu'est-ce qu'il se passera au sujet de la clause de juridiction lorsque la section 7(4) avait été effacée ? Il n'y a plus de disposition législative visant à l'application de cette clause.

Chapitre 2 : Les conséquences de la clause de juridiction devant la juridiction thaïe

¹⁹⁸ Contrairement au principe général de la subrogation, « *l'assureur ayant indemnisé le destinataire, se voit subroger dans ses droits et ainsi se voit transmettre la créance du subrogeant à l'égard du transporteur* ».

¹⁹⁹ Arrêt de la Cour suprême n°5809/2539 (1996), in PIRAUX, (B.), *L'opposabilité des clauses du connaissement au tiers porteur du connaissement*, Université Paul Cézanne, 2005, 29 p.

²⁰⁰ Note de jurisprudence de M.EAGJARIYAKORN

La question de l'applicabilité de la clause de juridiction est mise en doute puisque le Code de procédure civile, version modifiée, ne parle plus de l'applicabilité de la clause de juridiction devant la juridiction thaïe. Il est intéressant de se demander si elle reste toujours applicable devant la juridiction thaïe. Comment le juge thaï statue-t-il sur le litige dans lequel la juridiction thaïe est désignée par la clause de juridiction ? (Section 1). Ainsi, quel est son avenir lorsque la clause de juridiction est insérée toujours au connaissance de lignes régulières ? (Section 2).

Section 1 : Le renforcement de l'ordre public et la juridiction compétente en matière de transport maritime international

Le juge a déjà été confronté à la question d'applicabilité; soit la question de validité, soit la question d'opposabilité de la clause de juridiction mais c'étaient lors de litiges avant la modification du Code de procédure civile. Dès que le Code de procédure civile modifié est applicable, la situation de la clause de juridiction a changé. Comme il n'y a plus de disposition qui assure l'applicabilité de la clause de juridiction, cette clause n'a plus vocation à être applicable en Thaïlande bien que dans le contrat de transport maritime, les parties au contrat se mettent d'accord à désigner une juridiction²⁰¹. La clause de juridiction est considérée, dès à présent, contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs²⁰². De ce fait, seul le Code de procédure civile modifié qui vient déterminer la juridiction compétente pour régler le conflit en matière de transport maritime international, l'autonomie de la volonté des parties au contrat ne fonctionne plus. La question de la juridiction compétente est une des questions d'ordre public. Au cas où, conformément au Code de procédure civile, le juge thaï se déclarerait compétent mais que les parties au litige contestent ce fait, il leur en laisse d'en apporter la preuve. Sinon, le juge peut statuer, lui-même, sur la question de sa compétence puisqu'elle est relative à l'ordre public²⁰³.

²⁰¹ THAMMAKESORN, (A.), *Problem of suitability for establishing the admiralty in Thailand*, Université Thammasat, 2006, 33 p.

²⁰² Section 150 du Code civil et commercial

²⁰³ ARJJIT, (S.), *Dispute resolution clause in International commercial contracts: a case study of examination of arbitration clause and jurisdiction clause*, Université Dhurakit Pundit, 2010, 122 p.

Quand la question de la juridiction compétente est considérée comme d'ordre public, le juge thaï tente d'intervenir dans la relation contractuelle afin d'appliquer la loi thaïe et de désigner la juridiction thaïe comme la juridiction compétente. Dans l'arrêt de la Cour suprême n°3537/2546, bien qu'il soit stipulé dans le contrat qu'une juridiction étrangère est désignée mais qu'une telle stipulation ne revête pas le caractère absolu qui interdit d'autres juridictions, de ce fait, elle n'empêche pas le juge thaï de statuer sur le litige lorsque le domicile du défendeur est en Thaïlande²⁰⁴. Le juge thaï se déclare compétent. Cet arrêt a été reconfirmé en 2006²⁰⁵. Le connaissement désigne la juridiction de Hong Kong mais le mandataire du transporteur qui a conclu le contrat de transport maritime est domicilié en Thaïlande. De plus, la conclusion du contrat et la plupart des évidences et des preuves sont en Thaïlande. Cela n'écarte pas la juridiction thaïe qui se déclare être compétente.

En un mot, afin de répondre à la question si le juge thaï est compétent pour trancher le litige en matière de transport maritime international, il faut consulter le Code de procédure civile. La deuxième question soulevée est de savoir quelle juridiction en Thaïlande sera compétente. La situation peut être classée en deux temps; soit avant la création du Centre de la Cour de propriété intellectuelle et de commerce international, soit après la création du Centre de la Cour de propriété intellectuelle et de commerce international.

Dans un premier temps²⁰⁶, en matière de transport maritime international, les litiges peuvent être classés en deux catégories²⁰⁷. L'une revête les litiges dont la cause d'action a lieu en Thaïlande, l'autre regroupe les litiges dont la cause d'action a lieu hors de Thaïlande. Si la clause d'action a lieu en Thaïlande, le demandeur a trois choix; soit la juridiction du domicile du défendeur²⁰⁸, soit la juridiction de la cause d'action²⁰⁹ par exemple le dommage subi par la marchandise se trouvait à

²⁰⁴ Section 4 du Code de procédure civile

²⁰⁵ Arrêt de la Cour suprême n°3882/2549 (2006)

²⁰⁶ Avant la création du Centre de la Cour de propriété intellectuelle et de commerce international

²⁰⁷ THAMMAKESORN, (A.), *Problem of suitability for establishing the admiralty in Thailand*, Université Thammasat, 2006, 61 p.

²⁰⁸ Section 4(1) du Code de procédure civile

²⁰⁹ Section 4(1) du Code de procédure civile

Bangkok, en Thaïlande, la juridiction de Bangkok est donc compétente parce que c'est la juridiction de la cause d'action²¹⁰, soit la juridiction de la saisie du navire²¹¹. Mais si la cause d'action a lieu hors de Thaïlande, le demandeur a cinq choix; soit la Cour civile²¹², soit la juridiction du domicile du défendeur²¹³, soit la Cour civile ou la juridiction du domicile du demandeur²¹⁴, soit la juridiction où se trouvent les biens du défendeur²¹⁵, soit la juridiction de la saisie du navire²¹⁶.

Puis, dans un second temps, c'est lors de la création du Centre de la Cour de propriété intellectuelle et de commerce international. En fait, le système de la juridiction thaïe est un système dualisme (*the dual court system*), à savoir qu'une distinction entre la juridiction judiciaire et d'autres types de juridiction est faite. D'après la Constitution du Royaume de Thaïlande B.E.2550 (2007), elle a classé quatre grandes juridictions en Thaïlande. Ce sont la juridiction constitutionnelle, la juridiction judiciaire, la juridiction administrative et la juridiction militaire. En ce qui concerne la juridiction judiciaire, il existe cinq juridictions spécialisées²¹⁷ dans lesquelles se trouve la juridiction du Centre de la Cour de propriété intellectuelle et de commerce international. Pourquoi cette Cour a-t-elle été créée ?

Comme le problème relatif au commerce international, incluant le transport maritime international est très compliqué et technique, il faut donc une juridiction spécialiste. Cette Cour est alors organisée afin de former le juge en matière de commerce international. Ce qui est très spécial dans cette Cour, c'est que dans la juridiction judiciaire, seuls les juges professionnels ont la permission de statuer sur les litiges mais dans le Centre de la Cour de propriété intellectuelle et de commerce international, pour statuer sur un litige, il faut obligatoirement deux juges

²¹⁰ THAMMAKESORN, (A.), *Problem of suitability for establishing the admiralty in Thailand*, Université Thammasat, 2006, 62 p.

²¹¹ Section 28(1) du *the Arrest of Ships Act B.E.2534 (1991)*

²¹² Section 3(1) du Code de procédure civile

²¹³ Section 4(1) du Code de procédure civile

²¹⁴ Section 4*tri* du Code de procédure civile

²¹⁵ Section 4*tri* du Code de procédure civile

²¹⁶ Section 28(1) du *the Arrest of Ships Act B.E.2534 (1991)*

²¹⁷ La Cour du travail, la Cour de l'impôt, le Cour de propriété intellectuelle et de commerce international, la Cour des faillites et la Cour pour mineurs et famille.

professionnels et un spécialiste en matière de propriété intellectuelle ou de commerce international. Donc, les maritimiste sont autorisés dans cette Cour lorsqu'une action en matière de transport maritime international est intentée.

Le Centre de la Cour de propriété intellectuelle et de commerce international est compétent en matière de propriété intellectuelle et de commerce international. Le transport maritime international est inclus dans la branche du commerce international. Cependant, ce ne sont pas tous les litiges en matière de transport maritime international qui sont autorisés à être portés devant cette Cour. La Cour limite sa compétence à certains domaines en matière maritime; le transport maritime international, l'assurance maritime international, la saisie conservatoire du navire, l'arbitrage et les litiges relatif aux matières visées ci-dessus²¹⁸ par exemple les litiges relatifs au *the Act on liability for ship collision B.E.2548 (2005)* ou au *the General average act B.E.2547 (2004)*. Alors, quelle est la juridiction compétente en matière de transport maritime international autre que ceux prévus ci-dessus ? La réponse revient aux règles générales du Code de procédure civil.

Dans un troisième temps, une question est posée celle de savoir s'il est possible de créer une cour spéciale uniquement en matière maritime en Thaïlande. Cette question va, peut-être, un peu trop loin mais il est indispensable de la soulever afin de développer le droit maritime.

Section 2 : L'avenir de la clause de juridiction

Afin de prévoir l'avenir de la clause de juridiction, il vaut mieux chercher quels sont ses avantages et ses désavantages. La clause de juridiction est un bon mécanisme pour le transport maritime international puisqu'elle permet aux parties au contrat de connaître quelle juridiction sera compétente lorsqu'un litige sera

²¹⁸ Section 7 du *Act for the establishment of and procedure for intellectual property and international trade court B.E.2539 (1996)*

soulevé. La juridiction désignée peut être n'importe quelle juridiction à travers le monde, il n'est pas toujours nécessaire que la juridiction désignée doive avoir « un lien substantiel » avec les parties au contrat; avec le chargeur, avec le transporteur et avec le destinataire. Donc, telle juridiction peut être un véritable tiers, à l'égard de la relation contractuelle, et cela confirme que tout le monde sera jugé de la même manière sans discrimination nationale. Mais, de l'autre aspect, cette clause « *[prive] les justiciables de leurs juges naturels* »²¹⁹

Néanmoins, la clause de juridiction présente aussi certains désavantages. Lorsque le choix de la juridiction compétente n'a pas de lien substantiel avec le contrat de transport maritime, il est probable que le juge refuse de statuer sur le litige et se déclare incompétent. Si cela est le cas, nous revenons à la situation du connaissement sans clause de juridiction et ce sont les règles de droit commun qui s'appliquent.

Quand la clause de juridiction est insérée au connaissement, la juridiction désignée est plus favorable au transporteur qu'à l'ayant droit à la marchandise puisque le contrat de transport maritime est un contrat d'adhésion. C'est le transporteur qui rédige le contrat, l'ayant droit à la marchandise ne peut qu'accepter ou refuser de conclure le contrat. Il ne peut pas négocier ou débattre des stipulations du contrat. Alors, quand des réclamations sont faites, il est difficile pour l'ayant droit à la marchandise de saisir la juridiction désignée car le contrat de transport maritime revête un caractère international. Le transporteur et l'ayant droit à la marchandise peuvent se trouver dans des pays différents et cela est comme dit M.DELEBECQUE que « *les clauses attributives de compétence, dans les contrats de transport maritime, ne méritent pas d'être défendues* »²²⁰.

²¹⁹ P.DELEBECQUE, note sous l'arrêt *Coreck*, CJCE, 9 novembre 2000, *DMF*, 2001, p.187, in BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 2010, p.811.

²²⁰ *Ib.*

Bref, la clause de juridiction a non seulement des avantages mais aussi des désavantages. Cependant, il est indispensable de l'insérer au connaissance, c'est la pratique en matière maritime international qui l'exige.

Quant à la Thaïlande, son point faible est l'absence de disposition assurant l'applicabilité de la clause de juridiction. De ce fait, la clause de juridiction n'est plus applicable devant la juridiction thaïe. Cette lacune du droit est contraire à la pratique maritime et peut arrêter le développement du droit maritime thaï. Comme le droit maritime et l'applicabilité de la clause de juridiction sont incertains, le transporteur ou le chargeur étranger ne veulent plus conclure de contrat de transport maritime avec les Thaïlandais. Alors, afin d'éviter une telle situation, la modification du Code de procédure civil est nécessaire.

CONCLUSION
DE LA DEUXIÈRE PARTIE

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Il est évident qu'en Thaïlande, certaines clauses du connaissement relatives à la procédure ne sont pas pleinement applicables ou même si elles sont applicables, la loi impose toujours certaines conditions d'applicabilité. Par exemple, dans le cas de la clause de choix de la loi applicable, le juge valide cette clause en imposant qu'il appliquera telle loi si les parties au litige peuvent prouver l'existence et le contenu de la loi. Mais, si une partie au contrat est de nationalité thaïlandaise, le COGSA B.E.2534 (1991) s'applique impérativement.

Quant à la clause de prescription, cela reste la question interdite devant la juridiction thaïe. Il est improbable d'en raccourcir ou d'en prolonger la durée parce que la prescription est relative à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Raccourcir le délai de prescription peut être considéré comme un moyen pour soustraire le transporteur à sa responsabilité. Tant que la prolongation du délai de prescription reste un moyen pour élargir la responsabilité du transporteur dans le temps, mais elle est, de toute manière, inapplicable en raison de l'ordre public. Le juge cherche donc la solution qui permet d'élargir la prescription sans toucher à la question de l'ordre public et c'est la raison pour laquelle la section 47 est insérée dans le COGSA thaï.

Au sujet de la clause de juridiction, auparavant, cette clause ne posait pas de problème devant la juridiction thaïe puisque la section 7(4) du Code de procédure civile validait l'autonomie de la volonté des parties au contrat pour la désignation de la juridiction compétente, même si elle prévoyait certaines conditions notamment un « lien substantiel » au cas où la juridiction thaïe serait choisie. À propos de la question de l'opposabilité au tiers porteur du connaissement comme le destinataire, le COGSA B.E. 2534 (1991) dit expressément que la relation entre le transporteur et l'ayant droit à la marchandise; soit le chargeur, soit le destinataire, est prévue par les stipulations du connaissement en son sein. Si la clause de juridiction est insérée au connaissement, elle est donc toujours opposable au destinataire. Mais depuis la modification du Code de procédure civile en 1991, cette disposition a été subrogée.

La clause de juridiction n'a plus vocation à être appliquée en Thaïlande, elle est considérée comme contraire à l'ordre public.

De toute façon, bien que les Conventions internationales en matière de transport maritime aient beaucoup d'influence sur la rédaction du COGSA B.E.2534 (1991) mais le COGSA thaï contient certaines dispositions uniquement thaïes et parfois, elles sont contraires à la pratique internationale en matière de transport maritime afin de protéger les Thaïlandais. La question de l'ordre public et des bonnes mœurs intervient souvent dans les relations au contrat de transport maritime. Une telle question est un moyen implicite utilisé souvent par le juge thaï pour protéger les Thaïlandais.

CONCLUSION

CONCLUSION

Le COGSA B.E.2534 (1991) régit l'essentiel du transport de marchandise par mer. Mais à cause de son application depuis une vingtaine d'années sans aucune modification, il rencontre certaines difficultés; la définition du transporteur maritime, l'étroitesse du champ d'application, le caractère impératif du COGSA B.E.2534 (1991)²²¹, le problème de la prolongation du délai de prescription et l'absence de dispositions relatives à l'autonomie de choix de la juridiction. Ces difficultés engendrent un grand inconvénient au niveau international puisque l'ordre juridique interne ne peut pas s'adapter à la situation réelle du monde maritime international. Les parties au contrat de transport maritime insèrent toujours les clauses au connaissance mais l'inadaptabilité du COGSA thaï rend souvent l'inapplicabilité de ces clauses. Même s'il y a l'influence des jurisprudences anglaises en matière de transport maritime international sur les jurisprudences thaïes et le juge anglais valide ces clauses du connaissance, le juge thaï peut décider autrement en concluant que la question soulevée est relative à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Ces clauses du connaissance sont donc neutralisées.

Lorsque les dispositions du COGSA B.E.2534 (1991) sont étudiées, il est évident que ces dispositions sont plus favorables au transporteur qu'à l'ayant droit à la marchandise²²². Comme la Thaïlande est encore le pays dit des chargeurs, il vaut mieux trouver le point d'équilibre entre le transporteur maritime et l'ayant droit à la marchandise²²³. En outre, en approfondissant le COGSA thaï, son objectif initial est de protéger les Thaïlandais mais, en même temps, cela est un obstacle pour les étrangers qui veulent conclure un contrat de transport maritime avec des Thaïlandais.

²²¹ Le COGSA B.E.2534 (1991) s'applique impérativement si une des parties au contrat de transport maritime a la nationalité thaïlandaise.

²²² Par exemple le montant de la limitation de responsabilité est très bas et le délai de prescription est bref.

²²³ VEERACHIAWCHANCHAI, (S.), *A draft act to amend the Thai COGSA 2534: a study on legal impact and interaction with Thailand's interests*, Université Thammasat, 2004, p.72.

À présent, une tentative pour modifier le COGSA B.E.2534 (1991) est en court et le projet de la modification a été déjà rédigé²²⁴. Cependant, afin de promulguer ou modifier une loi, la procédure parlementaire est assez lourde. Il faut donc attendre un peu pour voir l'avenir du COGSA B.E.2534 (1991) version modifiée et sa cohérence avec l'applicabilité des clauses du connaissement.

²²⁴ VEERACHIAWCHANCHAI, (S.), *A draft act to amend the Thai COGSA 2534: a study on legal impact and interaction with Thailand's interests*, Université Thammasat, 2004, p.10.

ANNEXE 1

CARRIAGE OF GOODS BY SEA ACT
B.E.2534 (1991)

**CARRIAGE OF GOODS BY SEA
ACT B.E. 2534 (1991)²²⁵**

WHERE it is expedient to have a law on the carriage of goods by sea;

Section 1. This Act shall be called “Carriage of Goods by Sea Act, B.E. 2534 (1991).”

Section 2. This Act shall come into force 90 days after its publication in the Government Gazette.

Section 3. In this Act:

“**Carrier**” means a person who is a Carrier of goods by sea for remuneration in his ordinary course of trade and who has entered into a contract for the carriage of goods by sea with a shipper.

“**Other Carrier**” means a person who is not a party to a contract for the carriage of goods by sea with a shipper but who has been entrusted by the Carrier to carry the goods under such a contract even if for only a part of the voyage and shall include any other persons whom the Other Carrier has entrusted with the task of carrying the goods, no matter how many delegations there may be, but shall exclude persons expressly entrusted or entrusted by implication in accordance with the business practice in the carriage of goods by sea to be the Carrier or Other Carrier’s agent for doing such business work pertaining to the carriage of goods by sea as immigration procedures, customs procedures, pilotage, entering port, departure from port, the loading of goods, delivery of goods to the consignee, and so on.

“**Shipper**” means a person who is a party with the Carrier in a contract for the carriage of goods by sea.

“**Consignee**” means

- (a) the person who is named in the bill of lading as the Consignee, or the receiver in the case of a bill of lading issued to a named person, or
- (b) the last endorsee of the bill of lading in the case of an ordered bill of lading or a bill of lading issued to a named person, if there is no prohibition against endorsement, or
- (c) the person who is named as the receiver in the case where no bill of lading is issued or where a document otherwise called is issued.

“**Goods**” means movables and live animals, and includes articles of transport which the Shipper has provided for use in carriage.

²²⁵ « <http://www.thaibsaa.com/news/47/300-carriage-of-goods-by-sea-act-be-2534-1991.html> », 1 novembre 2013.

“Article of transport” means a container, pallet or other similar thing which is used to contain or to support the Goods, or which is used to combine together several units of carriage for the purpose of carriage by sea.

“Unit of carriage” means a unit of the Goods to be carried by sea and counted as one. Each unit could be transported on its own. Examples are: a sack, a piece, a keg, a container, a bale, a case, a ball, a parcel, a package and an item. Units known by other names are also included.

“Contract for the carriage of goods by sea” means a contract whereby the Carrier carries Goods by sea from a port or place in one country to a port or place in another country and charges freight.

“Accessories of the freight” means any and all of the expenses duly incurred by the Carrier in the course of transportation and for which it is the practice in the transport of Goods by sea to hold to be a part of the freight, and shall extend to include any additional moneys the Carrier must collect over and above the normal freight charges to make good the expenses incurred by the Carrier in the provision of services due to events beyond the Carrier’s control and for which it is customary for the Carrier to collect in transportation by sea. Examples include an increase in the price of fuel oil, additional expenses incurred by congesting at port or at a place of loading or discharging Goods, and charges in foreign exchange rates.

“Bill of Lading” means a document which the Carrier issues to the Shipper under the contract for carriage of goods by sea evidencing that the Carrier has taken the Goods specified in the Bill of Lading into his custody or has loaded the Goods and undertakes to deliver the Goods to the person entitled to receive them upon surrender of the Bill of Lading.

Section 4. This Act shall apply to carriage by sea from a place within the Kingdom to a place outside the Kingdom or from a place outside the Kingdom to a place within the Kingdom, unless it is provided in the Bill of Lading that the law of another country or international law shall apply, in which case such shall apply; however, even if there is such a provision, if it is apparent that one of the parties is a Thai national or a juristic person established under Thai law, this Act shall apply.

In the case of transportation of Goods by sea within the Kingdom, if an agreement in writing is made for this Act to govern, then this Act shall govern *mutatis mutandis*.

In the case of transport for which freight is not charged, the Carrier is not liable under this Act unless a Bill of Lading, a receipt (of receipt of Goods) or a document of the same kind is issued in which event the Carrier must state in the Bill of Lading, receipt or other document that the Carrier does not accept liability for otherwise such cannot be invoked against a third party, or a Consignee, who has been assigned the rights under the Bill of Lading, receipt or other document.

Section 5. This Act does not apply to the carriage of goods by sea under a charter party, irrespective of whether the whole ship or only a part of the ship is chartered. However, if a Bill of Lading is issued covering the Goods carried pursuant to the charter party, then the rights and duties of the Carrier and the Consignees who are not the charterer shall be governed by this Act.

Section 6. A contract for the carriage of goods both by sea and by another mode of transport shall be governed by this Act only insofar as the carriage by sea.

Section 7. The Minister of Communications shall have charge and control of the execution of this Act.

CHAPTER 1

RIGHTS AND DUTIES OF THE CARRIER

Section 8. Before loading or before the departure of the vessel, the Carrier shall:

- (1) make the vessel safe and seaworthy for the route;
- (2) properly man, equip and supply the ship to suit the requirements of the ship; and
- (3) make the holds, the refrigeration, the cold rooms etc., and all other parts in which Goods are loaded, fit and safe for the reception, carriage and preservation of the Goods.

In performing his duties under this section, the Carrier shall do everything to the extent that a person who is a Carrier of goods by sea by occupation would normally and reasonably be required to do.

Section 9. If any deficiency occurs in the things set forth in section 8, after the Goods have been loaded on board or after the vessel has sailed, then the Carrier shall take such measures to remedy that deficiency as soon as possible for a person whose occupation is the carriage of goods by sea in such a situation.

Section 10. The Carrier shall carefully and properly load, lift, move, keep, care for and discharge the Goods he carries.

Section 11. The Carrier is entitled to carry the Goods on deck when there is an agreement with the Shipper to that effect, or there is a usage of trade entitling such carriage, or there are laws or regulations entitling it.

If the Carrier and the Shipper have agreed that the Goods shall or may be carried on deck, then the Carrier must make a statement to that effect in the Bill of Lading or, where no

Bill of Lading is issued, in any other document that is evidence under the Contract for the carriage of goods by sea.

In the absence of such a statement, should the Carrier claim that there was such an agreement, the Carrier shall bear the burden of proof that an agreement for carriage on deck has been entered into, however, in such a case the Carrier is not entitled to set up such an agreement against a third party, or a Consignee, who has acquired the Bill of Lading or other document without knowing of such agreement.

Where Goods have been carried on deck contrary to the provisions of the first paragraph, or the Carrier has not recorded such an agreement in the Bill of Lading or other document as laid down in the third paragraph, then the provisions of Sections 51, 52, 53, 54, 55 and 56 shall not be applied.

Carriage of goods on deck contrary to an express agreement between the Carrier and the Shipper for their carriage in the holds shall be deemed an act or omission on the part of the Carrier under Section 60 (1).

Section 12. After the Carrier has received the Goods into his custody, the Carrier shall, on deemed by the Shipper, issue the Shipper with a Bill of Lading.

Section 13. After the Goods have been loaded on board, if the Shipper so demands, the Carrier must issue the Shipper with a "shipped" Bill of Lading.

Section 14. Save where there is a term in the Bill of Lading or an agreement otherwise set forth in the Contract for the carriage of goods by sea, the Carrier is entitled to receipt of both the freight and the Accessories of the freight when the Goods have been carried to the port of destination or to the place agreed upon to be the destination and is ready to deliver the Goods.

Section 15. The Carrier is entitled to retain the Goods until he has been paid both the freight and the Accessories of the freight or until the Consignee has given a reasonable security.

Section 16. When the Goods have arrived at the port of destination or the place agreed upon to be the destination, the Carrier shall promptly notify the Consignee of such.

Section 17. Any term in a Contract for the carriage of goods by sea the purpose of which or the fruit of which is, whether directly or by implication, any one of the following shall be void.

- (1) To relieve the Carrier of any of his duties or liabilities provided in this Act.
- (2) To set the liabilities of the Carrier so as to be less than those stipulated in Section 58 or Section 60.
- (3) To shift a burden of proof stipulated in this Act as being that of the Carrier onto the Shipper or a third party.
- (4) To make the Carrier the beneficiary to an insurance contract in which the Goods under the Contract for the carriage of goods by sea are the insured object.

The voidness of a term under the first paragraph shall not affect the validity of the other terms in the contract, and it shall be held to be the intention of the parties to separate the other terms from the void term (s).

The provisions of this Sections do not debar the parties from agreeing to stipulate more duties and responsibilities of the Carrier than are provided for in this Act.

CHAPTER 2

BILLS OF LADING

Section 18. A Bill of Lading shows the following particulars:-

- (1) the general nature of the Goods, the leading marks necessary for identification of the Goods, an express statement, if applicable, as to the dangerous character of the Goods, and the number of units of carriage and the weight of the Goods, or their quantity otherwise expressed, all such particulars being furnished by the Shipper;
- (2) the apparent condition of the Goods;
- (3) the name and the office of the Carrier;
- (4) the name of the Shipper;
- (5) the name of the Consignee, if specified by the Shipper;
- (6) the freight to the extent payable by the Consignee or a statement that the Consignee is the person who is liable to pay the freight and demurrage for any delay in loading at the port of departure;
- (7) the port of departure where the Goods are loaded under the Contract for the carriage of goods by sea and the date when the Carrier has taken the Goods into his custody;
- (8) the port of discharge under the Contract for the carriage of goods by sea;
- (9) a statement that the Goods are to be or may be carried on deck;
- (10) the day or time of delivery at port of discharge, if the parties to the contract have so agreed;
- (11) the limitations of liability more than those laid down in Section 53;
- (12) the place and the date of issue of the Bill of Lading;
- (13) the number of originals of the Bill of Lading issued.

Section 19. The “shipped” Bill of Lading described in Section 13, in addition to the particulars required under Section 18, must also give the name of the vessel onto which the Goods are loaded together and the date when the loading has been completed.

Section 20. In the case the carrier has issued the Shipper with a Bill of Lading or another such document of right with respect to the Goods prior to loading, if the Shipper then requests of the Carrier that a “shipped” Bill of Lading be issued, the Shipper must

surrender the said Bill of Lading or other document to the Carrier in exchange for the “shipped” Bill of Lading so requested. In such an event, the Carrier may amend the previously issued Bill of Lading or other document in order to meet the Shipper’s demand for a “shipped” Bill of Lading but only if, when so amended, such Bill of Lading or other document includes all the particulars contained in a “shipped” Bill of Lading.

Section 21. A Bill of Lading issued by the Carrier that does not contain all the particulars set forth in Section 18 and Section 19 is nevertheless a legal Bill of Lading if it has the characteristics of a Bill of Lading under Section 3.

Section 22. In the case of a Bill of Lading that does not contain the particulars set forth in Section 18 (6), it shall be presumed that the Consignee is not required to pay freight or demurrage for delay in loading at the port of departure. However, if such a Bill of Lading has been transferred to the Consignee or a third party who has acted in good faith in reliance on the Bill of Lading, proof by the Carrier to the contrary is not permissible.

Section 23. Where the Shipper is the informant with respect to the information concerning the general nature of the Goods, the leading marks, the number of units of carriage and the weight or quantity of the Goods, or is the person who has furnished such information to be put in the Bill of Lading, if the Carrier or another person who issued the Bill of Lading on his behalf knows or has reasonable grounds to suspect that the information does not accurately represent either the Goods received or in the case of a “shipped” Bill of Lading having been issued the Goods loaded, or if there is given the condition, situation or and the circumstances, no reasonable procedure for examining the truth and accuracy of the particulars given in the Bill of Lading, then such person must record in the Bill of Lading a reservation specifying the points that are inaccurate, the grounds for suspicion or the circumstances concerning the inability to examine for the truth and accuracy, as the case may be.

Section 24. If the Carrier or another person issuing the Bill of Lading on his behalf has not recorded on the Bill of Lading the apparent condition of the Goods, the Goods shall be deemed to have been in an apparent good condition.

Section 25. If no record is made of the reservation in the Bill of Lading as provided for in Section 23, it shall be presumed that the Carrier has taken over of the Goods or, where a “shipped” Bill of Lading is issued, has loaded the Goods, as is described in such Bill of Lading. However, if the Bill of Lading has been transferred to a Consignee or a third party who has acted in good faith in reliance on the particulars stated therein, proof by the Carrier to the contrary is not permissible.

Section 26. Where a Bill of Lading is issued, the relationship between the Carrier and the Consignee for all the several matters relating to the carriage of the goods specified in the Bill of Lading shall be governed by the terms of the Bill of Lading.

Section 27. A Bill of Lading, even when it is issued to a named person, can always be transferred by endorsement, unless there is a prohibition against endorsement in the Bill of Lading.

Section 28. When a Bill of Lading has been issued, the Consignee can demand delivery of the Goods to him upon his surrendering the Bill of Lading to the Carrier or upon giving a reasonable security.

Section 29. In the case of there being more than one original of the Bill of Lading, when the Goods have arrived at the port of destination or the place agreed upon to be the destination.

- (1) Even should the Consignee have surrendered only one original of the Bill of Lading, and the Carrier has delivered the Goods to him, then the other copies of the Bill of Lading that have not been surrendered shall cease to have any force, or;
- (2) If it is evident, either before or during the delivery, that there is more than one Consignee demanding delivery of the same Goods, and each Consignee has an original of the Bill of Lading for surrender, then in such a case, the Carrier shall deposit at a deposit office the whole of the Goods, or that part of the Goods that have not yet been delivered, and Section 333 of the Civil and Commercial Code shall apply *mutatis mutandis*.

Section 30. In the case of there being more than one original of the Bill of Lading, so long as the Goods have not arrived at the port of destination or the place agreed upon to be the destination, the Carrier is under no obligation to deliver the Goods to any person, save where all the originals of the Bill of Lading issued have been surrendered to him.

However, if the Carrier has delivered the Goods before all of the Bills of Lading have been surrendered to him, the Carrier shall be liable to the Consignees in possession of the originals of the Bills of Lading not surrendered to him.

CHAPTER 3

RIGHTS AND DUTIES OF THE SHIPPER

Section 31. The Shipper is not liable for damage sustained by the Carrier or the Other Carrier, or for damage sustained by the vessel, unless such damage was caused by the fault or neglect of the Shipper, his agents or his servants, or resulted from the nature of the Goods because of the failure of the Shipper to comply with the law or commercial practice concerning the shipment of such Goods.

Section 32. In the case of Section 23, where the Shipper has notified or finished the information for the Carrier to record in the Bill of Lading, once such a record has been made the Shipper shall be deemed to have given warranty to the Carrier as to the truth and accuracy of the information provided with respect to such Goods.

If any damage results from the inaccuracies in such information described in the first paragraph, the Shipper shall be liable to indemnify the Carrier, even if the Shipper has transferred the Bill of Lading to a third party. However, the Carrier shall remain liable to a third party under the Contract for the carriage of goods by sea.

Section 33. The Shipper must mark or label appropriately any dangerous Goods, Goods which are inflammable, explosive or in any way dangerous, so that it shall be known that such Goods are dangerous.

Where the Shipper hands over the Goods described in the first paragraph to the Carrier or Other Carrier, (as the case may be), the Shipper must inform the Carrier or Other Carrier of the dangerous character of the Goods and, in the event the Carrier or Other Carrier so requires the Shipper shall inform the Carrier or Other Carrier of the precautions and measures to be taken to avoid such danger.

Section 34. If the Shipper has failed to comply with Section 33 and the Carrier or Other Carrier does not have knowledge of the dangerous character of the Goods, then the following provisions as to the right and duties of the Shipper, the Carrier and the Other Carrier shall apply:-

- (1) The Carrier or the Other Carrier may at any time unload, destroy or render innocuous such Goods as the case may require, without payment of any compensation at all.
- (2) The Shipper shall remain liable for the damage and all the expenses resulting, whether directly or indirectly, from the carriage of such Goods other than the expenses on (1).

Section 35. Even where the Shipper has complied with Section 33, or the Carrier or the Other Carrier has loaded the Goods described in the first paragraph of Section 33 with knowledge of their dangerous character, if later it becomes clearly apparent that the Goods are an actual danger to life or property, then the Carrier or the Other Carrier may unload, destroy or render innocuous those Goods, as the case may require, without payment of compensation, unless the case is one where the Carrier is liable under Section 39 and cannot invoke the exclusions from liability set forth in Section 51, Section 52, Section 53, Section 54, Section 55 or Section 56.

Section 36. While the Goods are in the custody of the Carrier, the Shipper can order the Carrier to stop the shipping of the Goods, to return the Goods, to stop delivery of the Goods to the Consignee, or to deal with the Goods in any other way, provided that he surrenders to the Carrier all the originals of the Bills of Lading which have been issued. In such an event, the Carrier is entitled to receive the expenses incurred in undertaking

the carriage of the Goods or pursuant to the Shipper's orders, and is entitled to the freight for that part of the voyage already undergone.

If he has followed the orders of the Shipper without all the originals of the Bill of Lading having been surrendered, the Carrier shall be liable to the Consignee(s) in his possession of the original(s) of the Bill(s) of Lading not already surrendered.

Section 37. If, as result of a fault or act of negligence on the part of the Shipper or the Shipper's agents or servants, the Carrier or Other Carrier has suffered damage, the Carrier or the Other Carrier, as the case may be, must give notice in writing to the Shipper or his agent of the damage, specifying the general nature of the damages, and do so within 90 days as from the day when the damage occurred or the date of delivery as defined in Section 40, whichever is the later, for otherwise it shall be presumed that the Carrier or the other Carrier has not sustained such damage.

Section 38. In the event the Shipper requests the Carrier or agent to issue him a Bill of Lading either without having him record therein any reservation as to particulars in the Bill of Lading and allows the information stated in the Bill of Lading to stand as notified or furnished by the Shipper, or without any reservation as to the apparent condition of the Goods in the Bill of Lading, and the Shipper warrants or agrees to consent to make indemnification for any damage incurred by issuing such Bill of Lading, such warranty or agreement cannot be set up against the Consignee or against a third party who is a transferee of that Bill of Lading.

CHAPTER 4

LIABILITIES OF THE CARRIER

Section 39. Subject to the provisions of Section 51, Section 52, Section 53, Section 54, Section 55, Section 56 and Section 58, the Carrier shall be liable for damage resulting from loss of or damage to the Goods which have been handed over to him by the Shipper, as well as from any delay in delivery, but only if the event which caused the loss, damage or delay in delivery took place while the Goods were in his custody.

For the purposes of this Section, the Carrier is deemed to have custody of the Goods from the time when he has received the Goods at the port of loading from the Shipper or his agent, or from an officer or any other person to whom, pursuant to the law or regulations applicable at the port of loading, the Shipper must hand over the Goods for shipment and until the time when the Carrier has delivered the Goods at the port of destination, or the place agreed upon to be the destination, as stipulated in Section 40.

Section 40. In the following cases, it is deemed that the Carrier has delivered the Goods which he has taken into his custody, namely:

- (1) when the Carrier has handed over the Goods to the Consignee;
- (2) in the cases where the Consignee does not come to receive the Goods from the Carrier, when the Carrier has dealt with the Goods on way or another as stipulated in the Contract for the carriage of goods by sea or in accordance with the law or commercial practice applicable at the port of destination; or

- (3) when the Carrier has handed over the Goods to an official or to any other person to whom, pursuant to law or regulations applicable at the port of destination, the Carrier must hand over the discharged Goods.

Section 41. The delay in delivery mentioned in Section 39 comprises the following cases:

- (1) in the case where a time has been set for delivery with the Shipper, the Carrier has not delivered the Goods within the stipulated time;
- (2) in the case where no time has been set for delivery, when the Carrier has not delivered the Goods within the time that it would be reasonable to require delivery of a diligent Carrier, having also given regard to the circumstances of the particular case.

Section 42. In the event there is a delay in delivery and at least 60 consecutive days reckoning as from the last day stipulated for delivery or from the last day within which delivery should have been made under Section 41 (1) or (2), as the case may be, have lapsed, then the person entitled to claim compensation may either take delivery of the Goods and claim damages for the delay in delivery, or claim compensation as if such Goods had been lost. In such an event, the provisions of Section 227 of the Civil and Commercial Code shall apply *mutatis mutandis*.

Section 43. Even if the Carrier entrusts to another Carrier the carriage of the Goods which he has agreed to carry, the Carrier remains liable for loss of or damage to the Goods, as well as for delay in their delivery, and is also liable for the acts of the Other Carrier and of the other Carrier's servants and agents who have acted within the scope of their employment or their agency.

Section 44. All the provisions of this Act governing the liabilities of the Carrier shall also apply to the liabilities of the Other Carrier, but only for that part of the carriage entrusted to the Other Carrier.

Section 45. In the event both the Carrier and the Other Carrier are liable for the same matter, the Carrier and the Other Carrier are, in such an event, joint debtors.

Section 46. Subject to the provisions of Section 47 and Section 48, any right to claim for damages arising from loss of or damage to the Goods, or for delay in the delivery of the Goods carried under a Contract for the carriage of goods by sea under this Act is time-barred if judicial or arbitral proceedings have not been instituted within a period of one year as from the day on which the Carrier has delivered the Goods or, where no delivery has been made, as from the day after the day on which the Goods were stipulated to have been delivered under Section 41 (1) or after the day it would be reasonable to require delivery under Section 41 (2).

Section 47. At any time before the limitation period (of prescription) under Section 46 expires, the person against whom a claim is made may extend indefinitely the period by a signed declaration of consent, made in writing to the effect that he shall not set up this limitation period against the claimant in such proceedings.

Section 48. The right to claim damages resulting from delay in delivery expires if the Consignee fails to give the Carrier notice in a writing thereof within 60 days as from the day when he has taken delivery of the Goods.

Section 49. When the Consignee has accepted the Goods from the Carrier or a person defined in Section 40 (3), it shall be presumed that the Carrier has delivered the Goods, and that they were accepted in the condition, quantity, weight and according to such other particulars as are specified in the Bill of Lading or, if no Bill of Lading was issued, that the Carrier has delivered the Goods in good condition, as the case may be except:

- (1) when the Consignee, or a person defined in Section 40 (3), and the Carrier have held a joint survey or inspection of the Goods and have noted that loss or damage before the Consignee has accepted delivery of the Goods;
- (2) when, there being no joint survey or inspection of the Goods as provided in paragraph (1), the Consignee has given to the Carrier at the port of destination before he has accepted delivery of the Goods as in the first paragraph, or, in the other case, not later than one working day following the day of taking delivery notice in writing of the loss or the damage, specifying the general nature of the loss or the damage, or in the case where the loss or the damage not being apparent or visible in an inspection of the apparent external condition of the Goods, when the Consignee has sent such as notice within fifteen days as from the date of taking delivery.

Section 50. In the event a notice must be given under Section 48 or Section 49 (2) but no such notice is sent directly to the person who should receive it, then the following provisions shall apply:-

- (1) if notice has been given to the Carrier's agent, or to the master or the officer on board in charge of the vessel used by the Carrier, such notice is deemed to have been given to the Other Carrier;
- (2) if notice has been given to the Other Carrier's agent, or to the master or the officer on board in charge of the vessel used by the Other Carrier, such notice is deemed to have been given to the Other Carrier;
- (3) if the Other Carrier is to deliver the Goods in accordance with Section 40, any notice given to him shall have the same effect as if it had been given to the Carrier, and any notice given to the Carrier shall also have the same effect as if it had been given to (such) Other Carrier.

CHAPTER 5

EXCLUSIONS OF LIABILITY OF THE CARRIER

Section 51. The Carrier shall not be liable for loss, damage or delay in delivery arising from non-conformity with the first paragraph of Section 8, provided that it can be proved that he has performed his duties as required by the second paragraph of Section 8 or by Section 9.

Section 52. The Carrier shall not be liable for loss, damage or delay in delivery, if it can be proved that such loss, damage or delay in delivery arose or resulted from:-

- (1) *force majeure*;
- (2) perils of the sea, or accidents at sea, or perils or accidents of or in navigable waters;
- (3) an act of war or fighting between armed forces;
- (4) civil war, riot, terrorism and civil commotions;
- (5) seizure, arrest or restraint of or any interference with the vessel by rulers of states or territories, or by legal process, provided that it is not caused by a fault of or neglect by the Carrier;
- (6) quarantine measures or restrictions;
- (7) strikes, lockouts, work stoppage or intentional go-slows at any port which obstruct the loading or discharge of the Goods or the vessels entering or leaving such port;
- (8) act of piracy;
- (9) a fault of the Shipper or Consignee, such as weak or inappropriate packing or baling and insufficiency or inadequacy of marks on the Goods or the packing;
- (10) the condition of the Goods themselves (i.e. inherent defect, quality or vice of the Goods);
- (11) latent defects of the vessel not visible or discoverable or knowable even by inspection conducted with such care and skill which can normally and properly be expected of a person engaged in an occupation of inspector of ships;
- (12) navigational error arising from a defect in the performance of duty or in following the pilot's orders;
- (13) any other cause that is not a fault of or neglect by or privity within the knowledge of the Carrier and is not a fault of or neglect by the agents or servants or the Carrier.

Section 53. The Carrier shall not be liable for loss, damage or delay in delivery caused by fire, unless the claimant can prove that the fire arose from a fault or neglect on the part of the Carrier or the servants or agents of the Carrier.

Section 54. The Carrier shall not be liable for loss, damage or delay in delivery resulting from his taking measures that could reasonably be required of him to put out fire and to avoid or to mitigate the consequences thereof, unless such loss is proved by the claimant to have resulted from a fault of or neglect by the Carrier, his servants or agents in taking such measures.

Section 55. The Carrier shall not be liable for loss, damage or delay in delivery, if the Carrier proves that such loss, damage or delay in delivery resulted from taking measures to save human life, or from taking reasonable measures to save property, at sea, except in the case of general average, if any, when the Carrier remains liable proportionately.

Section 56. In respect of the Carrier of live animals, the Carrier shall not be liable for loss, damage or delay in delivery resulting from any special risks usually inherent in the carriage of live animals, or from the special nature of the animals, provided that the Carrier proves that:-

- (1) he has complied with instructions relating to those particular animals, and in particular any special instructions given to him by the Shipper; and
- (2) in the circumstances of the case, the loss, damage or delay in delivery could be attributed to such risks, or to such nature of the animal.

The provisions of the first paragraph shall not apply if it is proved that the loss, damage or delay in delivery, whether in whole or in part, resulted from a fault or neglect on the part of the Carrier or his servants or agents.

Section 57. If the Goods carried are coin, bank-notes, bills (notes), bonds, share certificates, debentures, warrants, jewelry or other valuables, the Carrier shall not be liable for loss of or damage to such Goods, unless the Shipper has declared to the Carrier the nature and value of such Goods at the time of handing them over to the Carrier.

Where the value of the Goods has been declared, the Carrier shall not be liable for more than the declared value.

CHAPTER 6

LIMITATIONS OF LIABILITY OF THE CARRIER AND CALCULATION OF DAMAGES

Section 58. Subject to the provisions of Section 60, the liability of the Carrier for damage resulting from loss of or damage to all or part of the Goods which have been entrusted to him is limited to Baht 100,000 per “Unit of Carriage” or Baht 30 per kilogram of net weight of the Goods, whichever amount is the larger.

When in calculating the value of the Goods lost or damaged pursuant to Section 61 it is apparent that the value of the Goods is less than the liability limited by the first paragraph, then the value so calculated shall apply.

The Liability of the Carrier for delay in delivery of Goods is limited to an amount equivalent to two and one half times of the freight payable for such of the Goods so delayed, but shall in no case exceed the total freight payable under the Contract for the carriage of goods by sea.

In the event the Carrier is liable both under the first paragraph and under the third paragraph for the same units of carriage, the liability of the Carrier shall be limited to an amount not exceeding the stipulated amount under the first paragraph.

Section 59. For the purpose of calculating which amount is the larger under the first paragraph of Section 58, the following rules shall apply:-

- (1) where several units of carriage of Goods are combined into the one Unit of Carriage, whether or not an Article of Transport is used either for packing or for support, if the several units are enumerated and described in the Bill of Lading, then the number of the units of the Goods in the Bill of Lading shall be as enumerated herein. If the units are not so enumerated, all the Goods in such one Unit of Carriage are deemed to be one Unit of Carriage;
- (2) in the event the Articles of Transport have been lost or damaged, each Article of Transport, if not owned or otherwise produced by the Carrier, shall be considered one Unit of Carriage in addition to the Goods contained in or placed upon that Article of Transport.

Section 60. The limitations of liability of the Carrier under Section 58 do not apply in the following cases:

- (1) where the loss or damage or delay in delivery incurred resulted from an act or omission of the Carrier or his agents or servants either done with the intent to cause loss, damage

- or delay in delivery, or done with reckless disregard and with the knowledge that such loss, damage or delay in delivery could result;
- (2) where the Shipper and the Carrier have agreed to fix, by so stating in the Bill of Lading, a limit to the liability of the Carrier higher than that which is stipulated in Section 58;
 - (3) where the carrier has inserted particulars in the Bill of Lading that were notified or finished by the Shipper but omits to record a reservation as to such particulars in the Bill of Lading with the intent to defraud the Consignee or a third party who acts in reliance on the particulars in the Bill of Lading;
 - (4) where the Shipper has declared to the Carrier the value of the Goods to be carried and this has been accepted by the Carrier and the value of those Goods is shown as thus in the Bill of Lading.

In the case of (4), if the value calculated under Section 61 is less the value shown in the Bill of Lading, the Carrier shall be liable only for the value so calculated, but if the value calculated under Section 61 is higher than the value shown in the Bill of Lading, the Carrier shall be liable only for the value shown in the Bill of Lading.

Section 61. For the purpose of calculating the value of Goods lost or damaged under Section 58, the following rules shall apply:-

- (1) where there is a total loss of or total damage to the Goods, the value shall be equal to the value which the Goods would have had at the due time for delivery at the port of destination;
- (2) where there is a partial loss of or damage to the Goods, the value shall be calculated proportionately, on the basis of the value of those Goods of the same kind and quality that remain undamaged at the time of their delivery at the port of destination.

ANNEXE 2

***UNFAIR CONTRACT TERM ACT
B.E.2540 (1997)***

Unfair Contract Terms Act B.E. 2540 (1997)²²⁶

BHUMIBOL ADULYADEJ, REX.

Given on the 14th Day of November, B.E. 2540;

Being the 52nd Year of the Present Reign.

His Majesty King Bhumibol Adulyadej has been graciously pleased to proclaim that :

Whereas it is expedient to enact the law governing unfair contract terms ;

Be it, therefore, enacted by the King, by and with the advice and consent of the National Assembly, as follows:

Section 1 This Act shall be called the "**Unfair Contract Terms Act B.E. 2540**".

Section 2 This Act shall come into force after the expiration of one hundred and eighty days from the date of its publication in the Royal Gazette.*

Section 3 In this Act.

- "**Contract terms**" means terms, agreement and consent, including announcement and notice excluding or restricting the liability.
- "**Consumer**" means a person entering into a contract in the capacity of a buyer, lessee, hire-purchaser, borrower, insured or other person value entering into a contract so as to acquire property, service or any other benefits for however, the said entering into such contract shall not be for trade of such property, service or benefits, and it shall mean to include a person entering into a contract in the capacity of a guarantor of the said person who does not execute the same for trade as well.
- "**Business, trading or professional operator**" means a person entering into a contract in the capacity of a seller, lessor, seller by hire-purchase, lender, insurer or any person entering into a contract so as to supply property, service or any other benefits; in any case, such entering into the contract must be for the trade of such property, service or benefits according to their ordinary course of business.
- "**Standard form contract**" means written contract in which essential terms have been prescribed in advance, regardless whether being executed in any form, and is used by either contracting party in his business operation.

Section 4 The terms in a contract between the consumer and the business, trading or professional operator or in a standard form contract or in a contract of sale with right of redemption which render the business, trading or professional operator or the party prescribing the standard form contract or the buyer an unreasonable advantage over the other party shall be regarded as unfair contract terms, and shall only be enforceable to the extent that they are fair and reasonable according to the circumstances.

In case of doubt, the standard form contract shall be interpreted in favour of the party that does not prescribe the said standard form contract.

The terms with characters or effects in a way that the other party is obliged to comply or bear more burden than that could have been anticipated by a reasonable person in normal circumstance may be regarded as terms that render an advantage over the other party, such as:

1. terms excluding or restriction liability arising from breach of contract;
2. terms rendering the other party to be liable or to bear more burden than that prescribed by law;

²²⁶ « <http://www.samuiforsale.com/law-texts/unfair-contract-terms-act.html> », 1 novembre 2013

3. terms rendering the contract to be terminated without justifiable ground or granting the right to terminate the contract despite the other party is not in breach of the contract in the essential part;
4. terms granting the right not to comply with any clause of the contract or to comply with the contract within a delayed period without reasonable ground;
5. terms granting the right to a party to the contract to claim or compel the other party to bear more burden than that existed at the time of making the contract;
6. terms in a contract of sale with right of redemption whereby the buyer fixes the redeemed price higher than the selling price plus rate of interest exceeding fifteen percent per year;
7. terms in a hire-purchase contract which prescribe excessive hire-purchasing price or which imposes unreasonable burdens on the part of the hire-purchaser;
8. terms in a credit card contract which compels the consumer to pay interest, penalty, expenses or any other benefits excessively, in the case of default of payment or in the case related thereto;
9. terms prescribing a method of calculation of compound interest that cause the consumer to bear excessive burdens.

In considering whether the advantage rendered by the terms under paragraph three be unreasonable, section 10 shall apply *mutatis mutandis*.

Section 5 The terms restricting the right or freedom in professing an occupation or an execution of a juristic act related to the business, trading or professional operation which are not void, but being the terms that cause the person whose right or freedom has been restricted to bear more burden than that could have been anticipated under normal circumstances, shall only be enforceable to the extent that they are fair and reasonable according to such circumstances.

In determining whether the terms under paragraph one cause the person, whose right or freedom has been restricted, to bear more burden than that could have been anticipated, consideration shall be taken to the scope of the area and the period of restriction of right or freedom, including whose ability and opportunity to profess occupation or to execute juristic act in other form or with other person, as well as all legitimate advantages and disadvantages of the contracting parties.

Section 6 A contract between the consumer and the business, trading or professional operator involving payment of debts by delivery of property to the consumer shall not contain the terms excluding or restricting the liability of the business, trading or professional operator for a defect or disturbance of right, except where the consumer knew of the defect or the cause of such disturbance of right, at the time of making the contract. In such a case, the terms excluding or restricting the liability shall only be enforceable to the extent that they are fair and reasonable according such circumstances.

Section 7 In a contract which prescribes that something is given as earnest if there occurs a case that such earnest to be forfeited is disproportionately high, the court may order that forfeiture be reduced to the actual damage so occurred.

Section 8 The terms, announcement or notice made in advance to exclude or restrict liability for tort or breach of contract respecting loss of life, body or health of another person as a result of an action deliberately or negligently committed by the person making the terms, announcement or notice or by other person for which the person making the terms, announcement or notice shall also be liable, shall not be raised as an exclusion or restriction of the liability.

The terms, announcement or notice made in advance to exclude or restrict the liability in any case other than that mentioned in paragraph one which are not void shall only be enforceable to the extent that they are fair and reasonable according to the circumstances.

Section 9 The agreement or consent of the injured party to an action clearly prohibited by law or which is contrary to public order or good morals shall not be raised as a defense to exclude or restrict the tortious liability.

Section 10 In determining to what extent the terms be enforceable as fair and reasonable it shall be taken into consideration all circumstances of the case, including:

1. good faith, bargaining power, economic status knowledge and understanding, adeptness, anticipation, guidelines previously observed, other alternatives, and all advantages and disadvantages of the contracting parties according to actual condition
2. ordinary usages applicable to such kind of contract;
3. time and place of making the contract or performing of the contract;
4. the much heavier burden borne by one contracting party when compared to that of the other party.

Section 11 Any contract terms which prohibit the applicability of this Act, either partly or wholly, shall be void.

Section 12 This Act shall not be applied to the juristic acts or contracts made prior to the date of entry into force of this Act.

Section 13 In the court proceeding filed under this Act, if upon the application of a party or the court thinks fit the court may ask a qualified person or expert to give opinion for its consideration in deciding such case.

Section 14 The qualified person or expert asked by the court to give opinion shall be entitled to remunerations, travel and accommodation expenses in accordance with the regulations laid down by the Ministry of Justice with approval of the Ministry of Finance.

Section 15 The Minister of Justice shall be in charge of this Act, and shall be empowered to issue regulations for the implementation of this Act.

Countersigned by

General Chavalit Yongjaiyoot

Prime Minister

Remark : The reason for the promulgation of this Act is as follows: owing to the legal principle relating to the juristic acts or the enforceable contract based on the liberty of people, according to the principle of sacredness of declaration of intention. The state shall not, eventhough a party has an advantage over the other party, intervene in the matter unless the action is expressly prohibited by law or is contrary to public order and good morals. However, with the current social nature has changed, and a party who has a stronger bargaining power in economy could, by depending on such principle, take advantage of the other party who has a weaker bargaining power in the case. This leads to the unfairness and unrest in society. It, for the state, is supposed to out line the frame of exercising the principle of sacredness of declaration of intention and liberty of people so as to cure unfairness and unrest in society. By means of this, a guideline has been set for Court to consider of what contract or agreement is unfair, and empower the Court to order such unfair contract or agreement be effective in enforcement as it is appropriate and fair depending upon the case. With the reason mentioned, therefore, it is necessary to enact this Act.

Translator: JUDGE SARAWUT BENJAKUL

Reader: JUDGE VORAVUTHI DVADASIN

* Published in the Royal Gazette, volume 114, section 72 kor, page 32, dated 16th November, B.E.2540 (1997).

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages français

AMOUSSOU, (A.K.), *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandise*, PUAM, 2002, 507 p.

BONASSIES, (P.) et SCAPEL, (C.), *Traité de droit maritime*, Paris, LGDJ, 2^e édition, 2010, 946 p.

DE CET BERLIN, (C.), *Introduction du droit maritime*, Paris, Ellipses, 159 p.

MONTAS, (A.), *Droit maritime*, Paris, Vuibert, 2011, 272 p.

RODIÈRE, (R.) et DU PONTAVICE, (E.), *Droit maritime*, Paris, Dalloz, 12^e édition 1997, 612 p.

Ouvrages thaïs

EAGJARIYAKORN, (P.), *Maritime Law 1*, Bangkok, Winyuchon, 6^e édition, 2010, 280 p.

EAGJARIYAKORN, (P.), *Maritime Law 2*, Bangkok, Winyuchon, 6^e édition, 2009, 408 p.

PIVAVATNAPANICH, (P.), *Droit international privé*, Bangkok, Thammasat, 2^e édition, 2010, 346 p.

Ouvrages anglais

DAVIES, (M.), et DICKEY,(A.), *Shipping law*, Sydney, Lawbook co, 3e édition, 2009,747 p.

POWER, (C.F.), *A practical guide to the bill of lading*, New York, Oceana Publication, 1966, 283 p.

WILSON,(J.F.), *Carriage of goods by sea*, London, Longman, 4e edition,2010,516p.

Articles français

BENAMAR, (M.), « La responsabilité de l'entreprise de manutention en droit comparé (France-Algérie), *7 Afr.J.Int'l & Comp. L.* 771, 1995, p.771-803.

Mestre, (J.), « L'économie du contrat », *RTD Civ.*, 1996, p.901-903.

Articles thaïs

CHANCHEEWA, (P.), « Certains problèmes relatifs au COGSA B.E.2534 (1991) », *Revue Daun-la-paha*, 1999, p.83-92.

CHANCHEEWA, (P.), « Extension of time limit under the Carriage of Goods by Sea Act B.E.2534 (1991) (Thai COGSA) », <http://www.pramuanchai.com/download/article1.pdf>, 16 août 2013, 1-4 p.

CHONGCHAKKRAPHAN, (K.), « Le droit d'agir du destinataire », *Revue Daun-la-paha*, n°2, 1999, p.154-180.

EAGJARIYAKORN, (P.), « certains opinions relatives à la modification du COGSA B.E.2534 (1991) », *Revue de la Cour de Propriété Intellectuelle et Commerce International*, 2002, p.312-334.

EAGJARIYAKORN, (P.), « la prescription relative à l'action en responsabilité en matière de transport maritime », *Revue de la Cour de Propriété Intellectuelle et Commerce International*, 2004, p.374-395.

PINITPUVADOL, (K.) et NAKWATCHARA, « Application of Foreign Law under the Act on Conflict of Law B.E.2481 (1938) in the Central Intellectual Property and International Trade Court », *Revue de la Cour de Propriété Intellectuelle et Commerce International*, 2004, p.358-373.

Articles anglais

ASSER, (T.M.C.), « Choice of law in bill of lading », *5 J. Mar. L. & Com.*, 1973-1974, p.335-405.

BERLINGIERI, (F.), « A comparative analysis of Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules », *Document distribué au General Assembly of AMD*, Marrakesh, 5-6 novembre 2009, 65 p.

DROGUS, (V.), « Forum Selection Clauses in Maritime Bills of Lading », *21 Hastings Int'l & Comp. L.Rev.*, 1997-1998, p.743-763.

HOOPER, (C.D.), « Forum Selection and Arbitration in the Draft Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, or The Definition of Forth Conveniens Set Forth in the Rotterdam Rules », *44 Tex.Int'l L.J.*, 2008-2009, p.417-426.

TETLEY, (W.), « The Himalaya clause, "stipulation pour autrui" Non-Responsibility Clauses and Gross Negligence under the civil Code », *Les cahiers de Droit*, 20 C. de D.449 1979. p.450-483.

TETLEY, (W.), « The Himalaya clause », *JIML*, 2003, 36 p.

TETLEY, (W.), « Jurisdiction clauses and forum non conveniens in the carriage of goods by sea act », *Jurisdiction and forum selection in international maritime law*, Essays in Honor of Robert Force (Martin Davies, ed.), Kluwer Law International, The Hague, 2005, Chapter 6 at p.183-263.

TWEEDDALE, (A.), et TWEEDDALE, (K.), « Incorporation of arbitration clauses revisited », <http://corbett.co.uk/wp-content/uploads/Arbitration-article-Incorporation-Revisited.pdf>, 21 août 2013.

WATERS, (C.A.), « The enforceability of forum selection clauses in maritime bill of lading: an update », *15 Tul. Mar. L.J.*, 1990-1991, p.29-45.

Thèses et mémoires français

LINCOLN, (J.), *La loi applicable au contrat de transport maritime*, Université Paul Cézanne, 2003, 108 p.

PIRAUX, (B.), *L'opposabilité des clauses du connaissement au tiers porteur du connaissement*, Université Paul Cézanne, 2005, 111 p.

WALTER,(J.), *Les clauses du connaissement*, Université Paul Cézanne, 2005, 105 p.

Thèses et mémoires thaïis

ARJJIT, (S.), *Dispute resolution clause in International commercial contracts: a case study of examination of arbitration clause and jurisdiction clause*, Université Dhurakit Pundit, 2010, 157 p.

MAMAN, (P.), *Exemption and limitation of liability of stevedore*, Université Thammasat, 2004, 90 p.

PUREETIP, (C.), *Action in tort under Carriage of Goods by Sea Act B.E.2534 (1991)*, Université Thammasat, 2010, 172 p.

THAMMAKESORN, (A.), *Problem of suitability for establishing the admiralty in Thailand*, Université Thammasat, 2006, 137 p.

VEERACHIAWCHANCHAI, (S.), *A draft act to amend the Thai COGSA 2534: a study on legal impact and interaction with Thailand's interests*, Université Thammasat, 2004, 85 p.

Sources internet

Les sites de la base de données du droit et science politique:

www.dalloz.fr

www.heinonline.org

www.lexisnexus.fr

www.westlaw.com

Les notes de jurisprudences thaïes

Arrêt de la Cour suprême thaïe n°784/2502 (1959)

Arrêt de la Cour suprême thaïe n°1583/2511 (1968)

Arrêt de la Cour suprême thaïe n°447/2521 (1978)

Arrêt de la Cour suprême thaïe n°585/2521 (1978)

Arrêt de la Cour suprême thaïe n°731-732/2523 (1980)

Arrêt de la Cour suprême thaïe n°414/2524 (1981)

Arrêt de la Cour suprême thaïe n°871/2525 (1982)

Arrêt de la Cour suprême thaïe n°1112/2530 (1987)

Arrêt de la Cour suprême thaïe n°1066/2532 (1989)

Arrêt de la Cour suprême thaïe n°1287/2532 (1989)

Arrêt de la Cour suprême thaïe n°1709/2532 (1989)

Arrêt de la Cour suprême thaïe n°121/2536 (1993)

Arrêt de la Cour suprême thaïe n°951/2539 (1996)
Arrêt de la Cour suprême thaïe n°1966/2539 (1996)
Arrêt de la Cour suprême thaïe n°5809/2539 (1996)
Arrêt de la Cour suprême thaïe n°10155/2539 (1996)
Arrêt de la Cour suprême thaïe n°6437/2541 (1998)
Arrêt de la Cour suprême thaïe n°57/2542 (1999)
Arrêt de la Cour suprême thaïe n°9319/2542 (1999)
Arrêt de la Cour suprême thaïe n°718/2543 (2000)
Arrêt de la Cour suprême thaïe n°1263/2543 (2000)
Arrêt de la Cour suprême thaïe n°2069/2543 (2000)
Arrêt de la Cour suprême thaïe n°3787/2543 (2000)
Arrêt de la Cour suprême thaïe n°292/2544 (2001)
Arrêt de la Cour suprême thaïe n°9335/2544 (2001)
Arrêt de la Cour suprême thaïe n°3537/2546 (2003)
Arrêt de la Cour suprême thaïe n°3882/2549 (2006)
Arrêt de la Cour suprême thaïe n°4581/2552 (2009)

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	4
ABRÉVIATIONS.....	5
INTRODUCTION.....	6
PREMIÈRE PARTIE	
La clause du connaissance relative à la responsabilité.....	15
Titre 1 Le cadre juridique dans le régime de responsabilité du COGSA	
B.E.2534 (1991).....	18
Chapitre 1 La détermination du champ d'application du COGSA	
B.E.2534 (1991).....	19
Section 1 L'exclusion de l'entreprise de manutention du champ d'application.....	20
Section 2 Le statut de l'entreprise de manutention.....	22
Chapitre 2 Les atténuations de la responsabilité de plein droit.....	24
Section 1 Les allègements à la responsabilité de plein droit: les cas exceptés.....	28
Section 2 La limitation de responsabilité.....	33
Titre 2 Le rapprochement de la responsabilité du transporteur et de l'entreprise de manutention.....	35
Chapitre 1 L'introduction de la clause Himalaya.....	36
Section 1 Le régime de responsabilité de l'entreprise de manutention avant l'introduction de la clause Himalaya.....	36

Section 2 Le fondement juridique de la clause Himalaya.....	40
Chapitre 2 Les effets de la clause Himalaya.....	43
Section 1 La mise en œuvre de la clause Himalaya.....	43
Section 2 L'efficacité et l'avenir de l'application de la clause Himalaya.....	50
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	53

DEUXIÈME PARTIE

Les clauses du connaissance relatives à la procédure.....	56
Titre 1 Les conditions lors d'un recours.....	58
Chapitre 1 Les choix d'autonomie des parties au contrat de transport maritime.....	58
Section 1 Le fondement juridique de la clause de choix de la loi applicable et le rapprochement entre cette clause et la clause Paramount.....	59
Section 2 La neutralisation de la clause de choix de la loi applicable.....	64
Chapitre 2 La déchéance du recours : la prescription.....	67
Section 1 La diversité et l'incohérence de la prescription de l'ordre juridique interne et l'ordre juridique conventionnel.....	68
Section 2 Le caractère de l'ordre public de la prescription en Thaïlande.....	71
Titre 2 L'application des clauses dérogatoires au droit commun.....	76
Chapitre 1 La mise en application de la clause de juridiction.....	77
Section 1 Le fondement juridique de la clause de juridiction.....	78
Section 2 Les impacts de la clause de juridiction sur le tiers porteur du connaissance.....	82

Chapitre 2 Les conséquences de la clause de juridiction devant la juridiction	
thaïe.....	87
Section 1 Le renforcement de l'ordre public et la juridiction compétente en	
matière de transport maritime international.....	88
Section 2 L'avenir de la clause de juridiction.....	91
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	94
CONCLUSION.....	97
ANNEXE 1 - Carriage of Goods by Sea Act B.E.2534 (1991).....	100
ANNEXE 2 - Unfair Contract Terms Act B.E.2540 (1997).....	116
BIBLIOGRAPHIE.....	120
TABLE DES MATIÈRES.....	126