

La clause « *as per last* » dans l'affrètement au voyage¹ : de la quête de simplicité aux risques de dérives.

Mamadou Sow²,

Capitaine au long cours, assistant courtier d'affrètements maritimes chez STAR / Paris,
doctorant au CDMO de la Faculté de Droit de l'Université de Nantes.

"Qu'il soit oral ou écrit, le langage n'est souvent qu'un véhicule imparfait de la pensée."³

Dans l'affrètement au voyage, la clause "*as per last*" opère, comme son intitulé l'indique, par renvoi aux termes et conditions dernièrement convenus entre les mêmes parties. Ce qui suppose, ici, que ces parties ont déjà conclu, dans le passé, un contrat d'affrètement gouvernant un voyage similaire que celui -en cours de négociation ou déjà conclu- qui intègre la clause « *as per last* » dans ses termes.

S'il est acquis que les termes des chartes sont l'œuvre des professionnels⁴, que l'on peut donc présumer dotés d'une expertise, il reste que la routine consacrant la systématisation de la clause « *as per last* » dans les affrètements au voyage participe au mieux d'une passivité intellectuelle des acteurs de l'affrètement (I), au pire d'une insécurité juridique dans les chartes-parties (II).

I - De la passivité intellectuelle des acteurs de l'affrètement consistant en l'usage systématique de la clause "*as per last*"

C'est François Arradon, alors président de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, qui soulignait que "... *l'accélération du tempo des négociations commerciales renforce cette tendance à ne plus négocier que les termes essentiels et l'utilisation magique du "copier/coller" sur les pro forma laisse à penser que ceux-ci ne sont qu'exceptionnellement lus par leurs utilisateurs...⁵*».

¹ Selon l'article 5 de la loi française n° 66-420 du 18 juin 1966, « par l'affrètement au voyage, le fréteur met, en tout ou en partie, un navire à la disposition de l'affrèteur en vue d'accomplir un ou plusieurs voyages ». La différence d'avec le contrat de transport reste quand même moins nette en droit anglais, pour lequel une charte partie peut-être définie comme « *a contract under which two parties have agreed to effect a transportation by sea* » (E.C. Coulson, *A Guide for tanker brokers*, Clarkson Research Studies Limited, 1991, p.57).

² Email : seneyba@yahoo.fr; tél : +33 6 03 00 60 98.

³ F. Terré, Y. Lequette, Ph. Simpler, *Droit civil, les obligations*, 9^e éd., N°443.

⁴ Le professionnel peut être défini comme une personne physique ou morale agissant dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de services (PICOD Yves et DAVO Hélène, *Droit de la consommation*, Armand Colin, 2005, n°39).

⁵ F. ARRADON in Gazette N°4 de la CAMP.

Dans la pratique, la charte au voyage est conclue soit sous l'empire d'un COA⁶, soit -et c'est l'hypothèse ici commentée- sous affrètement spot⁷. C'est donc par répétition d'affrètements spot, grosso modo dans les mêmes conditions, que les parties seront amenées à insérer, pour des impératifs se voulant de simplicité⁸, la clause « *as per last* » dans leur contrat. Cette attitude, bien que pouvant avoir un intérêt pratique (A), ne doit pas masquer la nécessité de négociations de l'ensemble de termes (B), ainsi que le commande le caractère ésotérique de ces conventions.

A – L'intérêt pratique de la clause « *as per last* » :

De prime abord, la clause *as per last* s'impose dans les contrats en ce que, *le droit, évoluant par strates successives, n'opère jamais par la technique de la table rase*⁹. C'est donc, avant tout, par nécessité juridique et exigences commerciales et professionnelles que les parties renvoient et se réfèrent, au cours de leurs négociations, aux termes déjà pratiqués.

L'avantage immédiat que l'on pourrait escompter par l'insertion de cette clause est certainement un gain de temps dans les négociations. Il en sera ainsi lorsqu'un besoin d'affrètement prompt se manifeste entre des parties ayant conclu dans le passé un contrat d'affrètement au voyage dans des conditions similaires. L'idée sera donc, qu'une fois les *mains terms*¹⁰ (termes essentiels) convenus, de maintenir les conditions de l'affrètement « *as per last* ». Dans l'affrètement au voyage, ces éléments essentiels consisteront généralement en

⁶ COA : Contrat Of Affreightment, une traduction brutale (Contrat d'Affrètement) ne suffirait peut-être pas à faire comprendre cette désignation. Le COA correspond ici à ce que la littérature maritime dominante appelle un contrat de volume/tonnage. Dans ce contrat de tonnage, bien que l'affréteur s'engage en effet sur un tonnage minimal "X" dans une ou plusieurs années et le frèteur à fournir des navires (tonnage au sens maritime)-désignés dans la "*fleet clause*"- à la suite de chaque nomination de cargaison, l'on trouve, outre les taux de fret et de surestaries, toutes les dispositions générales des chartes-parties au voyage, renvoyant souvent à une charte type. L'art. 1 – 2 des Règles de Rotterdam définit le "contrat de volume" comme "*le contrat de transport qui prévoit le déplacement d'une quantité déterminée de marchandises en plusieurs expéditions pendant une durée convenue. La quantité peut être exprimée sous la forme d'un minimum, d'un maximum ou d'une fourchette.*" Pour une vision plus pointue, voir Yves Tassel, "*Le contrat de tonnage*", in La Gazette N° 7 de la C.A.M.P.

⁷ Selon une définition négative, un affrètement spot est tout affrètement au voyage, ponctuel, qui ne serait pas couvert par un COA.

⁸ "La simplicité n'a pas besoin d'être simple mais du complexe resserré et synthétisé" (Alfred Jarry, cité par Claudine Bernfeld in Gazette du Palais du 25 au 29 décembre 2009, p.4)

⁹ Me Patrick Simon, *La crise économique mondiale a-t-elle des effets en droit maritime ?* in Gazette de la CAMP N°19 – Printemps 2009.

¹⁰ Ou "*essential terms*", qui, selon le droit anglais, sont de deux types : Ceux dont l'absence ou l'incertitude rendrait le contrat impraticable, et ceux que les parties ont voulu comme conditions préalables à la formation du contrat : essentiels, donc. (v° Richard Gun, *The meaning & nature of demurrage, detention & despatch*, Lloyd's Maritime Academy, 4th annual seminar documentation, oct. 2004, London).

la détermination de la quantité à charger, les jours de planche¹¹, le taux de fret, les ports de chargement/déchargement¹², les staries et surestaries¹³, mais aussi l'identification du navire¹⁴.

Outre le gain de temps qu'elle est sensée procurer dans la négociation d'une charte-partie, la clause « *as per last* » consacre en quelque sorte une amorce, si ce n'est l'établissement de relations juridiques et commerciales entre les parties¹⁵. Cette clause, par delà les *us et coutumes*¹⁶ qu'elle génère, participe d'une fidélisation de la clientèle entre les parties en ce qu'elle semble témoigner de l'absence de litige¹⁷ au cours du « *last voyage* » de référence.

Cependant, même si les éléments essentiels des contrats d'affrètement apparaissent comme « *[d]es éléments centraux spécifiques qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser* »¹⁸, il reste que ceux-ci sont loin de pouvoir, à eux seuls, assurer la construction d'une architecture aussi complexe qu'une charte au voyage. Ce qui, en effet, fait généralement la consistance juridique d'une charte-partie, c'est surtout les termes standards, généralement consignés à la Partie II de la charte-type¹⁹. A première vue, ces termes laissent apparaître la charte-type comme un contrat d'adhésion. Mais, supplétives par principe, ces clauses, comme celles de la partie I (*main terms*), sont sujettes à modifications, (ré) négociations, voire même suppression par les parties.

Les termes standards servent d'abord de "ramifications"²⁰ et d'interprétation des termes essentiels de la partie I, lesquels pouvant "apparaî [tre], à première lecture, hermétiques, voire pour certaines clauses obscures si on ne dispose pas des clés de décryptage"²¹.

C'est justement ce fort besoin de décryptage des chartes -lesquelles sont souvent interprétées non pas au regard de l'intention des parties mais plutôt à ce que les parties ont exprimé et

¹¹ Planche ou, en anglais, Laycan : c'est la période, convenue dans la charte, dans laquelle le fréteur doit présenter son navire au port de chargement.

¹² Il arrive que les noms des ports de chargement/déchargement ne soient pas définitivement donnés lors de la fixation du navire. Ces ports peuvent être désignés sous couvert d'un "range", avec souvent une clause « TBN » (to be nominated). En tous les cas, pour le(s) port(s) de chargement, une clause doit obliger l'affréteur de les nommer avant l'arrivée du navire, sans quoi il (l'affréteur) peut être recherché pour détention du navire.

¹³ Les staries, taux de surestaries et le despatch sont souvent inclus dans les "main terms", mais, en droit, ces éléments ne rentrent pas systématiquement dans les "essential terms", en ce que le contrat peut être valide sans que ces données soient définies (v°, en droit anglais, The "Spiros C"[2000] 2 Lloyds Rep 319, où le juge rappelle que la cargaison doit être déchargée *within a "reasonable amount of time"*). En droit français, l'absence de ces éléments dans le contrat ne paraît pas faire obstacle à la validité de celui-ci. L'art. 10 du décret 66-1078 du 31 décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes renvoyant sur *l'usage du port où ont lieu les opérations et, à défaut, suivant les usages maritimes*. Sur le "laytime", v° aussi M. Sow, « Le facteur temps dans l'affrètement au voyage », in Neptunus, Vol. 15-2.

¹⁴ Le navire peut aussi être désigné par la clause TBN (to be nominated).

¹⁵ La logique commerciale voudrait qu'une relation durable en matière d'affrètements spot aboutisse un jour à un COA.

¹⁶ "La coutume est une pratique répétée, avec la conscience non pas que cela doit se faire (ainsi qu'on la définit souvent), mais –bien mieux– avec la conscience que cela se fait." (Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vè République*, Flammarion 1996, p.104).

¹⁷ Il se peut néanmoins que la charte comportant la clause « *as per last* » soit conclue avant que le voyage auquel les parties font référence ne soit terminé... l'hypothèse d'un contentieux n'est donc pas à exclure.

¹⁸ Ph. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations*, thèse Aix, 1981, p.198, cité par H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 12^{ème} éd., p.23.

¹⁹ Bon nombre de chartes-types sont composées de trois parties : le préambule, dans lequel sont mentionnés le lieu et la date de signature du contrat, les noms/adresses des parties, le nom du navire; les parties I et II.

²⁰ E.C. Coulson, *A guide for Tanker Brokers*, Clarkson Research Studies Limited London, 2nd ed 1991, p.83

²¹ C'est ainsi que F. Arradon parlait de chartes dans sa Communication lors de l'Assemblée de l'Association Française de Droit Maritime, jeudi 22 mars 2007.

rédigé²²- qui fait que, pour la bonne règle, les termes des contrats d'affrètement se doivent d'être revisités et (ré) négociés à chaque nouvel affrètement.

B – Nécessité d'une négociation

"...la liberté de contracter [et] la déclaration de responsabilité sont l'hommage rendu par le droit à la conscience et au libre arbitre de l'individu..."²³

Négociation c'est, nous dit Le Petit Larousse, « traiter, discuter en vue d'un accord ». A la différence du contrat de transport –contrat d'adhésion-, le contrat d'affrètement est le résultat des négociations, des discussions, voire parfois des disputes entre professionnels (fréteur/affréteur, généralement via un courtier d'affrètements²⁴). L'absence d'une convention internationale dans le domaine des affrètements renforce ce sentiment de liberté -indispensable pour la bonne marche des affaires, nous dit-on- qui anime les protagonistes de l'affrètement²⁵.

L'on retrouve l'écho de cette liberté, *qui a existé de tout temps, dans presque toutes les législations maritimes*²⁶.

Nonobstant l'existence des chartes-types élaborées par certains grands affréteurs et organismes spécialisés comme le BIMCO²⁷, l'enjeu de la matière et l'ambiguïté de certaines clauses contenues dans ces chartes-types commandent clarifications, aiguillage²⁸, et donc négociations.

L'exemple de la charte Asbatankvoy²⁹ est illustratif de cet impératif que constitue la négociation, mieux le figolage de certaines dispositions des chartes-types. Cette charte,

²² Marcel Fontaine & Filip de Ly, *Droits des contrats internationaux, Analyse et Rédaction de clauses*, 2^{éd.}, p.127. Cette vision, typique du droit anglais des contrats, est aussi, selon un auteur, celle du droit musulman, pour lequel, "l'interprétation doit se faire sur la base de la volonté déclarée, non de la volonté réelle" (Chafik Chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz, 2005, n°183).

²³ Delebecque P. & Pansier F.-J., *Droit des obligations, 2. Responsabilité civile, délit et quasi-délit*, Litec, 4^è éd. 2008, préface de François HANNE.

²⁴ Les courtiers d'affrètement sont les intermédiaires presque obligés de tout affrètement (P. Bonassies & Ch. Scapel, *Traité de Droit maritime*, LGDJ, 2006, n°760).

L'art. III des Statuts de la Chambre Syndicale des Courtiers d'Affrètement Maritime et de Vente de navires de France définit le "le courtier" comme "*celui qui, personne physique ou morale et agissant à la demande de l'une ou des deux parties contractantes, a pour occupation habituelle et principale ...de s'entremettre dans la négociation et la conclusion des contrats d'affrètement, d'achat, de vente ou de construction de navires, de tout matériel flottant, ainsi que de fourniture de combustibles ou autres produits aux navires, et d'apporter toute son aide pour permettre à ses clients de surveiller l'exécution desdits contrats.*"

²⁵ Selon certains auteurs pourtant, "l'autonomie de la volonté, [qui sous-tend cette liberté contractuelle], loin de faire régner l'ordre et la justice dans le commerce juridique, permet l'écrasement du plus faible par le plus fort..."(François CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 9^è éd., n°28). Seulement, dans le domaine des affrètements, l'on n'admet pas qu'il y a "plus fort" et "plus faible".

²⁶ P. Bonassies & Ch. Scapel, op. cit., n°750. En droit français, cette liberté est consacrée par l'article 1^{er} de loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et transport maritimes.

²⁷ Baltic and International Maritime Council. BIMCO est à l'origine, entre autres, de La Gencon, la charte-type la plus utilisée dans le transport du vrac solide, publiée en 1922. Pour en savoir plus : <https://www.bimco.org>

²⁸ C'est là et seulement peut-être là que le courtier d'affrètements maritimes trouve sa raison d'être. Outre sa mission basique consistant à rapprocher fréteur et affréteur, le courtier d'affrètements maritimes se doit de pouvoir et savoir conseiller, orienter, aiguiller les partiessur la portée/l'opportunité d'une telle ou telle clause de la charte par exemple.

²⁹ C'est l'ancienne Exxonvoy69, reprise, en 1977, par American Association of Ship Brokers and Agents (ASBA), d'où l'appellation Asbatankvoy. Selon Roger Sepkes (Asdem News Update – N°28, may 2005), les clauses des staries/surestaries de cette charte, plus anciennes que l'exxonvoy69, viennent de la Warshipoilvoy, laquelle fut publiée en 1945.

probablement la plus utilisée dans le transport du pétrole et autres produits chimiques, reste paradoxalement la plus litigieuse³⁰ et peut comporter jusque 50 clauses additionnelles³¹ ou « *riders* ». Ces clauses additionnelles –si elles ne viennent pas rectifier carrément une disposition de la charte-type- ajoutent une stipulation nouvelle que la charte-type n'a pas prévue. Ça peut être le cas de la "*time-bar clause*", qui n'est pas prévue dans l'Asbatankvoy. Ce sera aussi le cas de la clause limitant le temps de rétention du navire après chargement/déchargement pour attente des documents commerciaux³². Pour un praticien averti, une tournure géopolitique, une nouvelle donne économique, voire des nouveaux *faits sociaux*³³, doivent attirer l'attention sur l'opportunité d'une réécriture de certaines clauses, si ce n'est une stipulation nouvelle. Ainsi de la hausse du prix des soutes qui commande la "*bunker adjustment clause*" ou la clause "*hardship*", de la piraterie dans le Golf d'Aden qui, elle, fait penser à la "*piracy clause*" ou la "*war risk clause*"³⁴, pour des chartes gouvernant des voyages passant par cette zone.

Ces clauses peuvent paraître anodines dans l'hypothèse où l'expédition se termine sans problèmes, mais elles se révèlent d'une importance capitale en cas de survenance des faits/événements onéreux et/ou litigieux, portant sur leurs objets respectifs. Ainsi, une "*time-bar clause*" limite-t-elle le délai de réclamation de surestaries. En cas de surestaries, cette clause prend tout son intérêt, car le fréteur au voyage n'aura qu'un délai limité³⁵ pour réclamer sa créance de surestaries. En l'absence d'une telle clause, et sous l'empire du droit anglais³⁶, le fréteur dispose de six ans, à partir de la fin du déchargement, pour réclamer les surestaries³⁷. En droit français, l'article 4 de la loi n° 66-420 du 18 juin 1966 dispose que "la prescription des actions nées du contrat d'affrètement est d'un an."

Ainsi donc, sous les apparences de la quête de simplicité, l'usage de la clause "*as per last*" dans les chartes peut cacher des imperfections juridiques considérables.

³⁰ De l'avis de Roger Sepkes, grand praticien du droit maritime, ancien arbitre à la Chambre Arbitrale de Londres, les plus grands bénéficiaires de la charte Asbatankvoy sont les avocats, par le nombre de litiges que génère la pratique de cette charte.

³¹ Ainsi que l'a écrit le Pr M. Rémond-Gouilloud "*la mention manuscrite, « vécue », présentant un affinement de l'intention des parties, doit être préférée à l'imprimé abstrait*". (Martine Rémond-Gouilloud, *Droit maritime*, 2^e éd., 1993, N°473). V° aussi P. Bonassies & Ch. Scapel, op. cit., n°761; A. Vialard, *Droit maritime*, PUF 1997, n°392; sentence arbitrale (*London arbitration*) 2/08 734 LMLN 2 ; sent, C.A.M.P. 29 mars 1976, D.M.F. 76, 638.

³² Une clause additionnelle alloue généralement de 2 à 3h (après fin de chargement/déchargement) à l'affréteur pour remettre les documents commerciaux. Au-delà, l'affréteur pourra être recherché pour détention du navire.

³³ N'a-t-on pas dit à juste titre que « *le droit...n'est que le miroir promené le long des faits sociaux* »? (Delebecque Philippe & Pansier Frédéric-Jérôme, *Droit des obligations, 2. Responsabilité civile, délit et quasi-délit*, Litec, 4^e éd. 2008, n°5)

³⁴ L'on rencontre souvent dans les chartes au voyage deux types de clause "*war risks*". L'une porte sur les dispositions que doivent prendre les parties dans le cas où les ports de chargement/déchargement et/ou la route du navire se trouvent dans des zones de danger. Cette clause prévoit entre autres la possibilité de changer les ports de chargement et/ou déchargement, un extra-fret, si les ports de substitut entraîne une augmentation considérable de la distance du voyage...etc (cl. 20-vi de la Asbatankvoy). L'autre type de "*war risks*" clause porte sur la responsabilité (civile) financière de l'affréteur. L'idée est de faire participer ce dernier aux surprimes d'assurance payées par l'armateur. Elle est parfois intitulée "*war risk insurance*". Le BIMCO propose, pour les voyages consécutifs ou les COA, une clause faisant la synthèse des deux clauses ci-dessus évoquées (v° La gazette n°21 –Hiver 2009-2010 de la CAMP, p.6).

³⁵ Dans les clauses additionnelles, la *time-bar clause* limite le délai de réclamation de surestaries généralement de 60 à 90 jours, après le déchargement. Au-delà, la réclamation est irrecevable. Certaines chartes types, telles que les BPVoy3 & 4, les Shellvoy5 & 6, l'Exxonvoy90, les ExxonMobilVoy2000/2005, contiennent une "*time bar clause*", allouant de 60 à 180 jours (après la fin de déchargement) au fréteur pour réclamer ses surestaries.

³⁶ Les chartes-types renvoient, dans leur écrasante majorité, au droit et à l'arbitrage anglais.

³⁷ Voir, pour aller plus loin, Roger Sepkes, *Oil Industry Laytime and Demurrage, ASDEM*, London, 2009.

II – Insécurité juridique pouvant découler de l’incorporation systématique de la clause « as per last ».

Incontournables dans la pratique des affrètements, les chartes-types, de par leur déséquilibre originel (A), facilitent à bien des égards les dérives que la clause "as per last" ou "as per" (charte-type) peut infliger à un contrat d'affrètement (B).

A- Le déséquilibre originel des chartes-types

Contrairement à la tendance observée chez certains milieux, la négociation se doit parfois d'aller dans les détails du contrat. Aussi, a-t-on l'habitude de considérer comme fixé un voyage pour lequel les parties ne s'accordent encore que sur la planche et le taux de fret³⁸. Ce faisant, les parties auront tendance à zapper les autres termes du contrat en les renvoyant « as per last » ou "as per" charte-type, précédé –assez fanatiquement- de la formule "otherwise".

Comme il a été déjà souligné, les chartes proformas constituent quasi-systématiquement le cadre juridique des contrats d'affrètement. Et c'est parce que généralement ces chartes contiennent des déséquilibres consistant en *des stipulations qui avantagent largement leurs rédacteurs*³⁹ que leur reproduction doit commander une certaine vigilance. Aussi, la correction de ces déséquilibres ne consistera-t-il pas forcément en la "moralisation"⁴⁰ des pro formas contenus dans les chartes-types, mais plutôt en leur adaptation aux circonstances de l'espèce. Cette adaptation tiendra *le plus grand compte du sens que la pratique donne habituellement à telle ou telle expression utilisée par la charte*⁴¹.

Ainsi, la clause 9 de l'Asbatankvoy (*safe berthing-shifting*) a, selon une jurisprudence bien établie⁴², une portée exorbitante de la sûreté classique que l'on peut exiger d'un quai (*safe berth*). L'affréteur qui l'accepterait sans précaution, en se fiant simplement à la sûreté physique du quai de chargement ou de déchargement, pourrait s'exposer à un risque teinté des surestaries, si le navire n'arrivait pas à accéder au quai pour cause de congestion. Cette clause exige, outre la sûreté au sens physique, que le quai soit "*reachable on ...arrival*". C'est là une interprétation extensive de la clause "*safe*" qu'un praticien de l'Asbatankvoy ne doit pas perdre de vue. C'est donc, pour un affréteur averti, du degré d'accessibilité d'un quai, de la fluidité d'un port que devrait dépendre l'acceptation ou l'adaptation de cette clause "*safe berthing-shifting*".

En quoi, une imperfection rédactionnelle trop longtemps tolérée dans les chartes, par le jeu de la clause "as per ...", peut-être siège des dérives considérables.

B – Des dérives résultant de la systématisation de la clause « as per last ».

C'est dans le sillage des ses avantages que la clause *as per last* trouve ses limites.

³⁸ C'est là encore une vision trop restrictive de la notion "termes essentiels" du contrat.

³⁹ François Collart Dutilleul & Philippe Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 7è éd., 2004, 984p, N°13

⁴⁰ La morale étant, selon le Pr Carbonnier, soupçonnée d'introduire dans le droit des dérives passionnelles (Jean Carbonnier, *op. cit.*, p.106).

⁴¹ P. Bonassies & Ch. Scapel, *op. cit.*, n°761; V. aussi E.C. Coulson, *op. cit.*, p.57.

⁴² Depuis l'affaire "*The Laura Prima*", (1980), 1Lloyd's Report 466, où la Chambre de Lords a rappelé, en des termes clairs, que "*Reachable on arrival means precisely what it says...*", l'accessibilité du quai apparaît comme d'ordre public et paraît dès lors avoir le primat sur les autres clauses de cette charte (en l'occurrence le dernier paragraphe de clause 6 de la même charte). Dans cette affaire le juge ajoute « *If a berth cannot be reached on arrival, the warranty is broken unless there is some relevant protecting exception (...) The berth is required to have two characteristics; it has to be safe and it also has to be reachable on arrival*! ».

La clause « as per last » dans l'affrètement au voyage : de la quête de simplicité aux risques de dérives.

L'inconvénient est qu'en adoptant les «*last terms*» de la charte déjà performée, l'on reconduit toutes les légèretés et lacunes que comportait cette charte. Une clause peu équilibrée, mal rédigée, confuse, bref perfectible, se répercutera donc automatiquement à la prochaine charte par le jeu de «*as per last*». Les défauts de stipulation de certaines clauses, leur légèreté, voire même d'un vide dans la charte, ne s'apprécient malheureusement qu'assez tardivement, après la survenance d'un contentieux ou d'un dommage considérable. Dès lors, une certaine vigilance sur la rédaction des clauses s'avère indispensable, même si, comme l'a souligné Me Patrick Simon, "les parties savent qu'elles ne peuvent coucher sur papier la totalité de ce qui peut se produire dans l'avenir", ce serait, poursuit l'auteur, "une tâche infinie, fastidieuse et qui échouerait inévitablement car l'Histoire n'est écrite nulle part à l'avance"⁴³.

A défaut d'écrire l'Histoire lors de la fixation *clean*⁴⁴ du navire, c'est l'occasion, pour les parties, de penser l'avenir de leur contrat. Dans une négociation de charte au voyage, les parties ne doivent pas que se focaliser sur le présent, car ses éléments sont déjà connus. Ainsi, trouve-t-on, parmi les éléments⁴⁵ du présent, le taux de fret (donné en grande partie par le marché), le taux de surestaries⁴⁶ (qui, lui aussi, est dicté par le marché et est fonction de la taille du navire)...etc.

Les éléments de l'avenir⁴⁷ sont, entre autres, consacrés par les clauses relatives à la sécurité du navire/de la cargaison, mais aussi par celles relatives aux responsabilités des parties. Une autre inconnue, de taille, se manifeste lors de la fixation d'une charte au voyage : le risque d'immobilisation du navire. Le navire étant *un capital qui doit rouler rapidement pour être rémunérateur*⁴⁸, l'écriture de clauses de temps doit être soumise le moins possible à la merci de la clause "*as per last*". Le fait que le "*last voyage*" n'ait pas généré de surestaries ne sera pas forcément dû à la bonne écriture des clauses de temps par l'affréteur. Le retard peut avoir été évité du fait d'une jonction de circonstances heureuses (bonne organisation logistique aux ports, navire arrivant au bon moment, où il y a une bonne fluidité du trafic portuaire, pas de mauvais temps entravant les opérations commerciales...etc). Dans cette hypothèse, se référer aux termes de ce "*last voyage*" peut être source d'insécurité juridique pour une ou toutes les parties. En quoi, le fait que le "*last voyage*" de référence n'ait pas été contentieux ou source de lésion pour une des parties n'implique pas que ses termes et conditions soient toujours une référence intangible.

Hugo Tiberg⁴⁹ identifie ici trois sortes de risques que peut prendre la partie qui s'oblige dans ce type de convention.

- Le *subjective risk*, qui ne résulterait que de la négligence, de la faute de l'un des contractants.
- Les *subjective risks referring to the time of contract*, qui seraient pris par un contractant qui, en s'obligeant, se retrouve dans l'impossibilité d'exécuter son obligation. C'est des risques qui, lors de la formation du contrat, sont inconnus de la partie qui s'oblige.

⁴³ Me Patrick Simon, Op. cit.

⁴⁴ La fixation *clean* correspond à ce que les praticiens appellent la *levée des sujets*, donc à la date de la charte. Les sujets peuvent porter sur : la disponibilité de la cargaison au chargement (subject STEM : Subject To Enough Merchandise), l'acceptabilité du navire par le terminal de déchargement (subject receivers'...), sur l'approbation par le management de l'affréteur (subject to management approval)...etc.

⁴⁵ Dans l'optique de la répartition des obligations dans la charte au voyage, la House of Lords a défini –dans l'affaire *The Johanna Oldendorff* [1973]- quatre éléments constitutifs d'une charte au voyage : 1) le voyage vers le port de chargement, 2) les opérations de chargement, 3) le voyage de la cargaison et, 4) les opérations de déchargement. Les éléments 1 et 3 sont sous la responsabilité du fréteur, et les 2 et 4 sont conjointement sous la responsabilité des deux parties, bien que la responsabilité principale incombe à l'affréteur.

⁴⁶ Pour un fréteur/affréteur vigilant, l'anticipation et la connaissance des ports de chargement/déchargement peuvent rentrer en ligne de compte dans la détermination de ce taux.

⁴⁷ L'on remarquera au passage l'usage de l'expression "*to be*" (au sens de *will be* ou *shall*) dans les clauses des chartes, renvoyant au futur (pas toujours) simple.

⁴⁸ Georges Ripert, Précis de droit maritime, 1956, n°346. Du côté de l'affréteur, un navire immobilisé, c'est du temps, et donc de l'argent, perdu (surestaries).

⁴⁹ Hugo Tiberg, *The law of demurrage*, éd. Stevens & SONS LIMITED, London 1960, 466p, p.56-59

La clause «*as per last*» dans l'affrètement au voyage : de la quête de simplicité aux risques de dérives.

- Les *objective risks* qui résulteraient des circonstances imprévues, pour lesquels, même un bon "fréteur de famille"⁵⁰ aurait du mal à prévoir.

Même si, au moment de la fixation du navire, les parties pensent moins à faire du droit qu'à faire du business, il n'en demeure pas moins que c'est là prendre le premier type de risque identifié par H. Tiberg que de renvoyer, souvent sans les lire, aux termes et conditions du "last voyage" ou d'une charte-type mal connue. Le gros risque est que dans le sillage de cette obsession orthodromique du « *just in time* », qui sous-tend l'insertion quasi-systématique de la clause "as per...", voguent incohérences et insécurité juridiques. A l'instar de l'alcool, la clause "as per ..." doit donc être consommée avec modération.

⁵⁰ L'expression est de Vialard Antoine (A. Vialard, op. cit., n°414).

La clause « as per last » dans l'affrètement au voyage : de la quête de simplicité aux risques de dérives.
Par Mamadou Sow.