



HAL
open science

Sur l'opposabilité de la Merchant Clause

Joaquim Blouet

► **To cite this version:**

Joaquim Blouet. Sur l'opposabilité de la Merchant Clause. *Neptunus*, 2023, 29 (3), pp.1-15. hal-04216698

HAL Id: hal-04216698

<https://nantes-universite.hal.science/hal-04216698>

Submitted on 25 Sep 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

SUR L'OPPOSABILITÉ DE LA MERCHANT CLAUSE

Joaquim BLOUET

Master 2 de Droit des Espaces et des Activités Maritimes –
Institut Universitaire Européen de la Mer
Université de Bretagne Occidentale

Résumé :

La Merchant clause est depuis quelques années stipulée dans tous les contrats de transport maritime de marchandises des grands armateurs du secteur. Elle a pour effet de créer une solidarité passive entre tous les intérêts-cargaison et autres personnes agissant en leur nom.

Lorsqu'elle est revendiquée par les transporteurs devant les juridictions, son opposabilité est largement contestée. Du point de vue des parties au contrat, elle va à l'encontre de toute l'évolution du droit des contrats de transport maritime de marchandises. En effet, la Convention de Bruxelles de 1924 a été conclue afin de protéger la responsabilité du chargeur, partie faible face au transporteur dans ce contrat d'adhésion. Ainsi, l'article 4.3 précise que le chargeur ne sera responsable que des pertes et dommages du transporteur qui seraient causés par sa faute. A cette fin, toute la Convention instaure un régime protecteur organisé autour du connaissance dont elle renforçait la valeur probatoire. Or, la Merchant clause va à l'encontre de cette construction en conférant au connaissance un effet toxique : le chargeur pourra être tenu responsable des dommages commis par tous ceux entre les mains desquels le connaissance sera passé. A l'égard du destinataire également, l'opposabilité de la clause fait débat car on sait qu'il n'adhère qu'à l'économie générale du contrat quand il réceptionne la marchandise. Les clauses attributives de compétence doivent ainsi être acceptées spécialement par le destinataire pour qu'elles lui soient opposables. La question se pose de savoir s'il doit en être de même pour la Merchant clause.

Du point de vue des tiers au contrat, l'opposabilité de la clause est donc d'autant plus contestée qu'elle semble aller à l'encontre des principes du consensualisme et de l'effet relatif des contrats. En effet, elle soumet des tiers à la même responsabilité que les parties sans que l'on soit certain qu'ils aient bien conscience de leur engagement. La jurisprudence française semble pourtant considérer la clause parfaitement opposable : « La validité de la clause inscrite en caractère gras au recto du connaissance et désignant le tribunal de commerce de Marseille n'est ni contestée, ni contestable ; elle s'applique pour tous les litiges opposant le transporteur au 'Merchant', terme comprenant notamment le chargeur réel, et ce quand bien même celui-ci n'est pas comme en l'espèce désigné dans le connaissance. » Face à cette situation, la doctrine appelle à conditionner l'opposabilité de la clause à une acceptation spéciale des tiers Merchant. Dans la dernière partie de cette contribution, nous abondons en ce sens en démontrant que la Merchant clause instaure un mécanisme de cession de dette dont une des conditions de réalisation est celle d'une acceptation exprimée sans équivoque par le cessionnaire.

Abstract:

The Merchant clause has been included in all contracts for the maritime transportation of goods by major shipowners in the industry for several years now. Its effect is to create joint liability among all cargo interests and other persons acting on their behalf.

When carriers invoke it before the courts, its enforceability is widely contested.

From the perspective of the parties to the contract, it runs counter to the entire evolution of the law governing contracts for the maritime transportation of goods. Indeed, the Brussels Convention of 1924 was concluded to protect the shipper's liability, the weaker party in this adhesion contract with the carrier. Thus, Article 4.3 specifies that the shipper will only be liable for losses and damages caused by the carrier's fault. To this end, the entire Convention established its protective regime around the bill of lading, which it strengthened in terms of probative value. However, the Merchant clause has the effect of overturning this construction by giving the bill of lading a toxic effect: the shipper may be held responsible for damages caused by anyone to whom the bill of lading has been passed. Regarding the consignee as well, the enforceability of the clause is debated because it is known that they only adhere to the overall economy of the contract when they receive the goods. Jurisdiction clauses must therefore be specifically accepted by the consignee for them to be enforceable. The question arises as to whether the same should apply to the Merchant clause.

From the perspective of third parties to the contract, the enforceability of the clause is all the more contested because it seems to go against the principles of consensus and the relative effect of contracts. Indeed, it subjects third parties to the same liability as the parties without being certain that they fully understood their commitment. French case law, however, appears to consider the clause fully enforceable: "The validity of the clause in bold on the front of the bill of lading designating the Marseille Commercial Court is neither contested nor contestable; it applies to all disputes between the carrier and the 'Merchant,' a term including, in particular, the actual shipper, even if, as in this case, the shipper is not designated in the bill of lading." Faced with this situation, doctrine calls for making the enforceability of the clause conditional on a specific acceptance by third-party Merchants. In the last part of this thesis, we argue in favor of this by demonstrating that the Merchant clause establishes a mechanism of debt assignment, one of the conditions for which is unequivocal acceptance by the assignee.

INTRODUCTION

Depuis la dernière décennie, une clause insérée dans les contrats de transport maritime de marchandises est apparue, elle est habituellement nommée « *Merchant clause* » ou « clause marchand » en français. L'insertion de cette clause dans les contrats a pour objectif de créer un mécanisme de solidarité passive entre toutes les personnes qui entrent dans la définition du *Merchant*. Elle permet ainsi au transporteur, en cas de frais et dommages, d'assigner en responsabilité presque toutes les personnes impliquées dans la chaîne du transport.

La clause est désormais stipulée dans tous les contrats de transport sous connaissement des plus grands armateurs de porte-conteneurs.

On la trouve ainsi formulée dans les connaissements (clause 4.3) de l'ancien premier armateur mondial, MAERSK :

« All of the Persons coming within the definition of Merchant in clause 1 shall be jointly and severally liable to the Carrier for the due fulfilment of all obligations undertaken by the Merchant in this bill of lading »

Traduction libre :

« Toutes les personnes répondant à la définition du Marchand dans la clause 1 sont conjointement et solidairement responsables envers le Transporteur de la bonne exécution de toutes les obligations contractées par le Marchand dans le présent connaissement. »

Nous prendrons pour référence la version de la française CMA CGM qui précise sur quoi porte la responsabilité susceptible d'être engagée, et que celle-ci tient même après transfert du connaissement. Elle est formulée à la clause 26 de ses conditions générales de la manière suivante :

« All of the Persons coming within the definition of Merchant in Clause 1 shall be jointly and severally liable to the Carrier for the due fulfilment of all obligations undertaken by the Merchant in this Bill of Lading, and remain so liable throughout Carriage notwithstanding their having transferred this Bill of Lading and/or title to the Goods to any third party. Such liability shall include but not be limited to court costs, expenses and attorney's fees incurred in collecting charges and sums due to the Carrier. »

Traduction libre :

« Toutes les personnes répondant à la définition du Marchand dans la Clause 1 sont conjointement et solidairement responsables envers le Transporteur de la bonne exécution de toutes les obligations contractées par le Marchand dans le présent Connaissement, et restent ainsi responsables pendant toute la durée du Transport, même si elles ont transféré le présent Connaissement et/ou le titre de propriété des Marchandises à un tiers. Cette responsabilité comprend, sans s'y limiter, les frais de justice, les dépenses et les honoraires d'avocat encourus pour le recouvrement des frais et des sommes dues au transporteur. »

La définition posée par la clause 1 est la suivante :

« "Merchant" includes the Shipper, Holder, Consignee, Receiver of Goods, any Person owning or entitled to the possession of the Goods or of this Bill of Lading and anyone acting on behalf of any such Person. »

Traduction libre :

« "Marchand" désigne le Chargeur, le Porteur du Connaissement, le Destinataire, le Réceptionnaire de

la Marchandise et toute Personne propriétaire ou ayant droit à la Marchandise ou au Connaissance et toute personne agissant pour le compte de ces Personnes. »

Concrètement, cela signifie que tous ceux entre les mains desquels sera passé le connaissance, ayant un intérêt sur la cargaison, ou ayant participé à son acheminement pourront être considérés comme *Merchant*. Peuvent ainsi voir leur responsabilité engagée sur ce fondement les parties au contrat - le chargeur et le destinataire – mais également de nombreux tiers dont le lien juridique avec le transporteur peut parfois paraître mince voire inexistant : chargeur réel, transitaires, consignataires, manutentionnaires, etc.

Il semblerait que la généralisation de cette clause soit intervenue aux alentours de 2014, année lors de laquelle un rapport d'un cabinet de conseil sur « *Les opportunités cachées du transport par conteneurs* »¹ expliquait que les armateurs perdaient beaucoup d'argent pour des raisons récurrentes. Il s'agissait alors de faire toutes les économies possibles, et sont évoqués les problèmes relatifs à la détention et aux surestaries de conteneurs. Dans ce genre de cas, les transporteurs font régulièrement face à une partie responsable du conteneur qui se trouve être une société écran ou une société insolvable. En élargissant la gamme des personnes potentiellement responsables, les armateurs s'assurent d'en assigner une qui pourra les indemniser.

Car c'est en effet un mécanisme de solidarité passive qui est instauré par cette clause :

« All of the Persons coming within the definition of Merchant in clause 1 shall be jointly and severally liable to the Carrier »

Traduction libre :

« Toutes les personnes répondant à la définition du Marchand dans la clause 1 sont conjointement et solidairement responsables envers le Transporteur »

La solidarité passive est le rapport juridique qui lie deux débiteurs ou plus, auxquels le créancier pourra demander le paiement de la totalité de la dette.²

Elle est prévue à l'article 1313 du Code civil qui dispose que « *la solidarité entre les débiteurs oblige chacun d'eux à toute la dette. Le paiement fait par l'un d'eux les libère tous envers le créancier.* »

Mais la validité de cette solidarité conventionnelle très large peut interroger.

Il paraît instinctivement injustifié d'exiger d'un manutentionnaire ayant opéré au chargement qu'il se libère d'une dette contractée pour des surestaries de conteneur à destination ; ou d'un consignataire pour un mauvais empotage du conteneur avant le chargement. D'autant plus que cette clause est particulièrement récente, qu'elle est originale, et qu'il est difficile de savoir si les *Merchant* avaient réellement conscience de leur engagement au moment de contracter avec le transporteur ou un autre *Merchant*. L'article 1171 du Code civil déclare non-écrite toute clause non-négociable qui instaurerait un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties à un contrat d'adhésion. Les contrats de transport maritime sous connaissance sont, il faut le rappeler, presque systématiquement des contrats d'adhésion³. Le transporteur impose ses conditions au chargeur et le destinataire devient partie au contrat sans jamais négocier les clauses inscrites au connaissance. C'est pour cette raison que le principe d'une interprétation *in favorem* pour protéger l'adhérent est consacré par la loi.⁴

Article 1190 du Code civil :

« Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé. »

Ce n'est toutefois pas du tout la position adoptée par les juridictions françaises à ce jour puisqu'elles ne

¹ T. GLAVE, M. JOERSS, S. SAXON, *The hidden opportunity in container shipping*, McKinsey & Company, nov. 2014.

² S. BRAUDO, *Dictionnaire juridique de Serge Braudo*, site internet [Solidarité - Définition - Dictionnaire juridique (dictionnaire-juridique.com)], consulté le 17 juillet 2023.

³ Voir article 1110 du Code civil.

⁴ J. BONNAUD, « Le contrat de transport maritime de marchandises : quelques particularités », *DMF* n° 785, nov. 2016.

s'attardent jamais sur la question de la validité de la clause mais plutôt sur le débat quant à son opposabilité au *Merchant*.

Un arrêt du 24 octobre 2019 de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence illustre bien cette position. En l'espèce, un chargeur réel contestait l'opposabilité de la clause attributive de juridiction au motif qu'il n'était pas désigné au connaissement, il contestait donc sa qualité de *Merchant* à qui l'on pouvait réclamer le paiement de la dette contractée suite à la déflagration d'un conteneur. En vertu du principe de l'effet relatif des contrats, cette défense peut sembler justifiée.

Dans son arrêt, la Cour déclare lapidairement que « *La validité de la clause inscrite en caractère gras au recto du connaissement et désignant le tribunal de commerce de Marseille n'est ni contestée, ni contestable ; elle s'applique pour tous les litiges opposant le transporteur au 'Merchant', terme comprenant notamment le chargeur réel, et ce quand bien même celui-ci n'est pas comme en l'espèce désigné dans le connaissement.* »⁵

Cette position, qui peut être motivée par les faits de l'espèce⁶, semble contrarier les principes élémentaires du droit des obligations. Les professeurs Pierre Bonassies et Cyril Bloch écrivent ainsi dans la dernière édition du « *Traité de droit maritime* » (4^e édition) que « *Les principes du consensualisme et de l'effet relatif des contrats imposent d'appréhender cette clause avec la plus grande circonspection. L'on ne voit guère, par exemple, comment elle pourrait être invoquée à l'encontre d'un simple transitaire, non partie au contrat de transport, à moins, bien sûr, qu'il ne l'ait acceptée. Parmi les nombreux protagonistes qui y sont visés, seul le destinataire ayant pris la livraison de la marchandise nous semble pouvoir se la voir opposer sans qu'une acceptation spéciale ne soit requise de lui, et encore, sous réserve qu'une telle clause puisse être regardée comme relevant de l'économie générale du contrat de transport, ce qui n'est pas si évident.* »⁷.

Nous tenterons d'apporter une réponse à cette interrogation quant à l'opposabilité de la *Merchant clause*. Nous verrons dans quelle mesure la clause est opposable aux habituelles parties au contrat de transport maritime de marchandises (Partie I) avant de présenter des éventualités dans lesquelles cette clause pourrait être considérée comme opposable au *Merchant* tiers au contrat (Partie II).

PREMIÈRE PARTIE : SUR L'OPPOSABILITÉ AU *MERCHANT* PARTIE AU CONTRAT

En vertu de la force obligatoire des contrats, il faut partir du principe que la *Merchant clause* est opposable au chargeur et au destinataire inscrits au connaissement (I). Nous verrons que des réserves peuvent toutefois être exprimées quant à cette opposabilité de principe (II).

I – Une opposabilité de principe aux parties au contrat

Afin de bien comprendre le débat qui nous intéresse, il convient de se remémorer la nature et le rôle des parties au contrat de transport (A) ainsi que le principe de la force obligatoire du contrat et ses corollaires (B).

A. Les parties au contrat de transport maritime de marchandises

Les trois parties au contrat de transport maritime de marchandises sont le transporteur (1), le chargeur (2) et le destinataire (3).

1) Le transporteur

Le transporteur est celui qui, moyennant un fret déterminé, s'est engagé juridiquement à acheminer une

⁵ C.A. Aix-en-Provence, chambre 3-1, 24 octobre 2019, n°19/01240.

⁶ PH. DELEBECQUE, « Transporteur. Responsabilité. Compétence. Clause attributive de compétence. Chargeur réel. Opposabilité (oui) », *DMF HS* n°24, juin 2020.

⁷ P. BONASSIES, C. SCAPEL, C. BLOCH, *Traité de droit maritime*, 4^{ème} éd., LGDJ, Lextenso, Paris, 2022, n° 1078, p. 855.

marchandise déterminée d'un port à un autre.⁸

Aux termes des Règles de La Haye-Visby, le transporteur est le propriétaire du navire ou l'affréteur partie à un contrat de transport avec un chargeur.⁹

Une définition un peu plus large est aussi donnée par l'article 1 des Règles de Hambourg de 1978 qui qualifie « toute personne par laquelle ou au nom de laquelle un contrat de transport de marchandises par mer est conclu avec un chargeur » de transporteur.¹⁰

De même, peuvent être repris les dispositions des Règles de Rotterdam : « Le terme 'transporteur' désigne la personne qui conclue le contrat de transport avec le chargeur. »¹¹

Cette troisième convention internationale introduit également les notions de « parties exécutantes » et de « parties exécutantes maritimes ». Ce sont toutes les parties qui s'engagent à s'acquitter d'une obligation du transporteur, avant ou après le transport pour les « parties exécutantes », pendant le transport pour les « parties exécutantes maritimes ». ¹² Ces parties entrent bien évidemment dans la catégorie de *Merchant* au sens de la clause étudiée ici puisqu'elles agissent pour le compte d'une Personne inscrite au Connaissement.

2) Le chargeur

Concernant le chargeur, l'article 1.8 des Règles de Rotterdam définit le chargeur de la même façon en l'identifiant comme « la personne qui a conclu un contrat de transport maritime de marchandises avec un transporteur »¹³.

Il est tenu de respecter plusieurs obligations, outre le paiement du fret, à exécuter avant le transport. C'est l'emballage et le conditionnement appropriés de la marchandise, l'étiquetage et le marquage adéquats, et la présentation de la marchandise aux temps et lieux convenus¹⁴.

Il fait bien souvent exécuter ces obligations par des tiers. C'est ainsi que les Règles de Rotterdam utilisent la notion de « partie exécutante » pour évoquer « une personne aux services de laquelle a recours, directement ou indirectement, un chargeur, un chargeur documentaire, la partie contrôlante ou le destinataire, et non le transporteur, n'est pas une 'partie exécutante' ». ¹⁵

Les Règles de Rotterdam distinguent également, dès le premier article de définitions, le chargeur et le chargeur documentaire. C'est la « personne, autre que le chargeur, qui accepte d'être désignée comme chargeur dans le document de transport ou le document électronique de transport. »¹⁶ C'est en fait au commissionnaire de transport ou au transitaire qu'il est fait référence, ceux qui prennent en charge la conclusion d'un contrat de transport et le chargement de la marchandise pour le compte d'un chargeur réel, véritable propriétaire de la marchandise transportée. Ces personnes, et toutes celles à qui elles délégueront des responsabilités vis-à-vis de la marchandise, sont, elles aussi, des *Merchant*.

3) Le destinataire

La troisième partie au contrat de transport maritime de marchandises est le destinataire. Il peut être caractérisé comme étant la personne à qui doit être livrée la marchandise. Les règles de Rotterdam le

⁸ Voir A. KOZUBOVSKAYA-PELLE, *De la qualité juridique de transporteur maritime de marchandises : Notions et identification*, PUAM, Bibliothèque du Centre de Droit Maritime et des Transports, 2011.

⁹ Article 1.a), *Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement*, Bruxelles, 25 août 1924, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1412, n° 23643, accessible à l'adresse [Conv_Brilles_25août1924_amendee1968et79.pdf (idit.fr)].

¹⁰ Article 1.1., *Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (« Règles de Hambourg »)*, Hambourg, 31 mars 1978, Nations Unies, 1994, accessible à l'adresse [hamburg_rules_f.pdf (un.org)].

¹¹ Article 1.5., *Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (« Règles de Rotterdam »)*, New York, 11 décembre 2008, Nations Unies, Vienne, 2009, accessible à l'adresse [Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer].

¹² Article 1.6.a) des Règles de Rotterdam op. cit.

¹³ Article 1.8 des Règles de Rotterdam op. cit.

¹⁴ A. LE BAYON, *Dictionnaire de droit maritime*, PUR, Coll. « Didact droit », 2004, p.54.

¹⁵ Article 1.6.b) des Règles de Rotterdam op. cit.

¹⁶ Article 1.9 des Règles de Rotterdam op. cit.

définissent comme « la personne ayant droit à la livraison des marchandises ». ¹⁷

Aucune disposition de droit maritime français n'affirme que le destinataire est une partie au contrat de transport. Une partie de la doctrine expliquait ainsi qu'il ne pouvait être considéré comme une partie originaire du contrat. Il était ainsi considéré comme adhérent au contrat à partir du moment où il l'« accomplissait », c'est-à-dire au moment de la réception de la marchandise quand il apposait sa signature au dos du connaissement, lui conférant alors des droits à l'encontre du transporteur. ¹⁸

Les clauses dérogatoires du droit commun, comme les clauses attributives de juridiction par exemple, ont longtemps été déclarées inopposables au destinataire sans acceptation spéciale de sa part car il adhère tardivement au contrat, sans possibilité de négocier les termes ¹⁹. C'est pour cette raison que les Professeurs Christian Scapel et Pierre Bonassies estiment que la *Merchant clause* doit faire partie de l'économie générale du contrat pour que son acceptation puisse être déclarée opposable au destinataire. Cela même s'ils considèrent, comme le reste de la doctrine contemporaine ²⁰, que le contrat de transport est tripartite par nature ²¹.

B. La force obligatoire des conventions

L'article 1103 du Code civil pose le principe essentiel de la force obligatoire du contrat légalement formé : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

Ce principe doit être mis en relation avec deux autres principes directeurs ²² pour être retenu : celui de la liberté contractuelle et celui de la bonne foi.

Ces deux autres principes sont présentés dans les nouvelles dispositions liminaires du Code civil, entre lesquelles se trouve inséré l'article 1103.

L'article 1102 consacre le principe de liberté contractuelle, dont la valeur constitutionnelle a été confirmée par un arrêt du 13 juin 2013 du Conseil constitutionnel : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.* » ²³.

L'article 1104 établit quant à lui la bonne foi comme principe essentiel : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.* »

Ces trois textes sont étroitement liés.

Tout d'abord, la force obligatoire est souvent considérée comme étant le corollaire de la liberté contractuelle, en ce sens que les parties ne sont liées par le contrat que dans la mesure où elles ont librement contracté. Le consentement libre et éclairé du cocontractant est donc essentiel, notamment dans le cadre d'un contrat de transport de marchandises qui est un contrat d'adhésion.

Ensuite, l'exigence de bonne foi constitue à la fois un complément, permettant une extension du contenu contractuel, et une limite à la force obligatoire du contrat (voir *infra*), sanctionnant la mauvaise foi contractuelle. Cela s'entend notamment dans la conception moderne du contrat, conçu comme un acte

¹⁷ Article 1.11 des Règles de Rotterdam op. cit.

¹⁸ Décret n°66-1078 du 31 décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes, publié au JORF le 11 janvier 1967.

¹⁹ Voir A. KPOAHOUN AMOUSSOU, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, PUAM, Bibliothèque du Centre de Droit Maritime et des Transports, 2002.

²⁰ R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, affrètements et transports*, Dalloz, 1967, Vol. 1, t. 22, § 408, p. 28.

²¹ P. BONASSIES et C. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 3^{ème} éd., §931, p.599 : « *C'est la nature des choses qui fonde les droits du destinataire. Le contrat de transport est, dès sa conclusion, dès l'origine, un contrat à trois personnes, [il] implique, par sa nature, le droit pour le destinataire de se prévaloir de la convention intervenue entre transporteur maritime et chargeur aux fins de déplacement de la marchandise.* »

²² C. AUBERT DE VINCELLES, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, p.113 et s.

²³ Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC.

de coopération.²⁴

L'ordre d'énoncé de ces principes souligne leur importance respective : la liberté contractuelle est le fondement du modèle libéral, c'est donc ses composantes qui doivent être protégées en premier. La force obligatoire en découle alors puisqu'elle garantit la sécurité juridique des cocontractants. Enfin, la bonne foi permet de protéger l'ordre moral, particulièrement importante dans le cas d'un contrat d'adhésion.²⁵

II – Des obstacles à l'opposabilité aux parties au contrat

Plusieurs difficultés semblent tout de même se présenter sil l'on veut opposer la *Merchant clause* aux parties au contrat de transport. Nous verrons qu'il en existe pour le chargeur (A) comme pour le destinataire (B).

A. Des obligations difficilement opposables au chargeur

La grande majorité des connaissements délivrés par les transporteurs font référence à la Convention de Bruxelles amendée (Règles de La Haye-Visby). C'est le cas du connaissement de référence de la CMA CGM. Ces Règles, au moment de leur rédaction, avaient pour objectif de protéger le chargeur des comportements déloyaux du transporteur, notamment des clauses abusives.

Nous étudierons d'abord le contexte dans lequel est intervenu la Convention de Bruxelles à laquelle font référence la plupart des connaissements comportant des *Merchant clause* pour bien comprendre l'objectif de protection du chargeur qu'était celui des rédacteurs (1). Cela permettra de mieux réaliser l'importance de l'article 4 relatif au régime de responsabilité du chargeur (2).

1) Le rôle protecteur du connaissement vis-à-vis du chargeur

Au début du XXe siècle, les transporteurs européens étant en position de force et ayant les lois en leur faveur, ils avaient tendance à insérer dans les contrats des clauses dites « de négligence » les exonérant de toute responsabilité.²⁶ Pour lutter contre ces clauses, les États-Unis avaient adopté le *Harter Act*. Rapidement, tous les pays de chargeurs suivirent et, afin d'uniformiser un droit devenu confus, les pays européens de transporteurs acceptèrent d'organiser une convention internationale : la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement. Pour arriver à un régime qui satisfasse toutes les parties, ces dernières décidèrent notamment de renforcer le rôle probatoire du connaissement. L'article 3 des Règles de La Haye-Visby est relatif à la délivrance au chargeur de ce connaissement par le transporteur et les conséquences de cette opération. Les alinéas 4 et 5 de l'article sont les plus intéressants en ce qui concerne notre démonstration.

Article 3.4 et 3.5 de la Convention de Bruxelles amendée :

« 4. Un tel connaissement vaudra présomption, sauf preuve contraire, de la réception par le transporteur des marchandises telles qu'elles y sont décrites, conformément au paragraphe 3, a), b) et c). Toutefois, la preuve contraire n'est pas admise lorsque le connaissement a été transféré à un tiers porteur de bonne foi.

5. Le chargeur sera considéré avoir garanti au transporteur, au moment du chargement, l'exactitude des marques, du nombre, de la quantité et du poids tels qu'ils sont fournis par lui, et le chargeur indemniserà le transporteur de toutes pertes, dommages et dépenses provenant ou résultant

²⁴ Y. PICOD, « Art. 1103 et 1104 - Fasc. unique : CONTRAT. - Force obligatoire du contrat. - Bonne foi », *JurisClasseur Civil Code*, Fasc. unique, LexisNexis, juil. 2022.

²⁵ C. PERES, « Principes contractuels », *Dictionnaire du contrat*, (ss dir.) D. Mazeaud, R. Boffa et N. Blanc, LGDJ, 2019, n° 208.

²⁶ Description de S. W. W. PAINE à la Conférence de La Haye en 1921 : « Avant d'avoir lu un connaissement du commencement à la fin, vous ne savez jamais ce qu'il peut contenir... il débute d'une façon tout à fait anodine et vous vous égarez à travers toute une série de conditions tout à fait innocentes et parfaitement justes et loyales, lorsque tout à coup vous trouvez, cachée dans un petit coin, une condition qui sape littéralement les bases de votre contrat envers lui ». Voir également *CA Aix-en-Provence 11 février 1867* : « La compagnie ne sera pas responsable des suites quelconques résultant d'accidents de mer ou de rivière ; ni pour perte, dommages ou retard occasionnés par le feu, les machines, les chaudières ou la vermine ; l'arrêt de princes ou puissances ; les actes de pirates ou voleurs sur mer ou terre ; jet, baraterie, collision ; ni pour négligence ou faute quelconque de la part du pilote, du capitaine, des matelots ou autres agents employés par la compagnie dans la navigation de ses paquebots. »

d'inexactitudes sur ces points. Le droit du transporteur à pareille indemnité ne limitera d'aucune façon sa responsabilité et ses engagements sous l'empire du contrat de transport vis-à-vis de toute personne autre que le chargeur. »

On comprend le rôle protecteur du connaissement envers le chargeur en servant de titre représentatif de la marchandise et en permettant à la partie faible (le chargeur) de faire peser la charge de la preuve sur le transporteur en cas de dommage aux marchandises.

Plus encore, selon la tradition jurisprudentielle française, la signature du connaissement par le chargeur ne signifie pas l'acceptation de toutes les clauses du contrat d'adhésion par celui-ci. Les clauses attributives de juridiction doivent faire l'objet d'une acceptation spéciale par le chargeur et la signature du connaissement par ce dernier ne suffit pas à prouver son consentement.²⁷

La *Merchant clause* semble donc en opposition avec les Règles de La Haye-Visby, régissant le contrat, qui ont pour téléologie la protection du chargeur par son régime de responsabilité.

2) Le chargeur responsable uniquement des dommages survenus par sa faute

Aussi, l'article 4.3 de la Convention précise que le chargeur ne sera responsable que des dommages qui sont arrivés par sa faute.

Article 4.3 de la convention de Bruxelles amendée :

« *Le chargeur ne sera pas responsable des pertes ou dommages subis par le transporteur ou le navire et qui proviendraient ou résulteraient de toute cause quelconque sans qu'il y ait acte, faute ou négligence du chargeur, de ses agents ou préposés. »*

Dans le respect de l'article, la responsabilité du chargeur résiste donc à la délégation de ses obligations à un tiers. Par exemple, une société qui invoquerait cette disposition pour s'exonérer de sa responsabilité sera tenue responsable s'il est prouvé que son préposé a commis une faute en n'attendant pas que l'équipage du navire lui donne les consignes préalables à l'opération de chargement.²⁸

Les juges ne se sont encore jamais prononcés sur la mise en relation de cet article avec la question de l'opposabilité *Merchant clause*. La contradiction entre les dispositions de la Convention et cette clause, qui rend responsable le chargeur de toutes les obligations contractées par n'importe quel autre *Merchant*, semble pourtant sauter aux yeux.

B. Des obligations difficilement opposables au destinataire

Des obstacles se dressent également face à l'éventuelle opposabilité de la *Merchant clause* au destinataire. En effet, le destinataire est une partie au contrat spécifique qui adhère tardivement à ce dernier (1). Une acceptation spéciale de sa part semble donc nécessaire, à moins que l'on considère que la *Merchant clause* fait partie de l'économie générale du contrat (2).

1) Le destinataire prenant part au contrat tardivement

Nous l'avons évoqué *supra*, la doctrine a longtemps considéré que le contrat de transport ne devenait tripartite que tardivement, au moment de la réception de la marchandise par le destinataire et l'apposition de sa signature au dos du connaissement.²⁹

Cette analyse a naturellement pour conséquence de le rendre irresponsable par principe, en raison de l'effet relatif des contrats envers les tiers (voir *infra*). Le destinataire n'ayant pas pris part au contrat au moment de la réalisation du dommage, il ne peut être tenu responsable de ce dernier.

Aucun arrêt des juridictions françaises n'a encore statué sur cette possibilité. Des affaires analogues peuvent néanmoins être recensées aux États-Unis.

En effet, dans un arrêt de la *District Court* de New-York, les juges américains ont rejeté l'application d'une clause semblable à la *Merchant clause*, bien que son objet fût plus restreint, avec la motivation suivante : « *To enforce the bill of lading provisions against [a non-party buyer]... would have the anomalous result of creating a greater scope of liability for a consignee having no active participation*

²⁷ Cass. com., 3 janv. 1989, BT 1989, p. 243, obs. P. BONASSIES, *DMF* 1990, p. 154.

²⁸ C.A. Rennes, 2e chambre, 16 juin 2009, n°08/06304.

²⁹ R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, affrètements et transports*, op. cit. ; A. KPOAHOUN AMOUSSOU, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, op. cit.

in the shipment of goods than the shipper itself».³⁰

Traduction libre :

« *L'application des dispositions du connaissement à l'encontre [d'un acheteur non partie] aurait pour conséquence anormale de créer un champ de responsabilité plus large pour un destinataire n'ayant aucune participation active à l'expédition des marchandises que le chargeur lui-même.* »

On voit mal comment il pourrait en être jugé autrement, à moins de constater que les clauses de ce genre s'inscrivent en fait dans l'économie générale du contrat ou que le respect de certaines garanties quant au consentement du destinataire soient respectées.

2) La question de l'économie générale du contrat

Les professeurs Cyril Bloch et Pierre Bonassies estiment ainsi que le destinataire est le seul *Merchant* qui pourrait se voir opposer la *Merchant clause* « *sans qu'une acceptation spéciale ne soit requise de lui [...] sous réserve qu'une telle clause puisse être regardée comme relevant de l'économie générale du contrat de transport, ce qui n'est pas si évident.* »

L'économie générale du contrat en matière de transport maritime de marchandises a été définie par la chambre commerciale de la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt « Nagasaki Spirit » en 1995³¹ Ce sont les clauses « *qui définissent et précisent le transport lui-même* ».

A la réception de la marchandise, quand il appose sa signature au dos du connaissement, on estime alors que le destinataire adhère à l'économie générale du contrat. Il ne peut donc pas se voir opposer « *une clause de compétence contenue dans le connaissement, à moins qu'il ne l'ait spécialement acceptée ou que la compétence internationale qu'elle institue ne s'impose en vertu d'un traité ou du droit de l'Union européenne. L'acceptation de cette clause attributive de juridiction ne peut être déduite de l'existence d'un usage en matière de transport international, ni des seules relations commerciales antérieures entre les parties, ni de la présence d'une mention au recto du connaissement renvoyant à des conditions générales figurant au verso de ce document.* »³²

Une acceptation spéciale du destinataire³³, respectant les conditions de clarté énoncées par le Code de procédure civile (article 48), est donc nécessaire pour qu'il puisse se voir opposer une clause de procédure.

Il est toutefois intéressant d'observer que la première chambre civile de la Cour de cassation n'adopte pas forcément la même solution face à ce type de clauses. Dans un arrêt « Navire Bonastar II », les juges suprêmes avaient considéré que la clause de juridiction faisait partie de l'économie générale du contrat et qu'elle était ainsi opposable au destinataire sans qu'il n'y ait lieu de s'interroger sur son consentement³⁴.

SECONDE PARTIE : SUR L'OPPOSABILITÉ AU *MERCHANT* TIERS AU CONTRAT

Il convient maintenant d'étudier les difficultés relatives à l'opposabilité de la clause aux tiers au contrat de transport. Nous verrons que le principe est logiquement l'inopposabilité aux tiers (I) mais que l'on peut néanmoins réfléchir aux éventualités dans lesquelles la *Merchant clause* pourrait être considérée comme opposable aux tiers *Merchant* (II).

I – Une inopposabilité de principe aux tiers au contrat

De manière générale, en Droit, le tiers est une personne étrangère à une situation juridique.

³⁰ United States District Court, E.D. New York, 13 avril 1984, Excel Shipping Corp. v. Seatrain Intern. S.A.

³¹ Cass. com., 29 nov. 1994, Navire Nagasaki, n°92-19.987, DMF 1995, p.209, note P. BONASSIES, *Revue Scapel* 1995, 39, obs. C. SCAPEL – Complété par Cass. com., 16 janv. 1996, Navire Chang-Ping, n°94-12.542, PB, DMF 1996, p.393, obs. P. BONASSIES

³² Cour de cass., ch. com., 14 déc. 2022, n°20-17.768, commentaire par C. BLOCH, DMF n°855, mars 2023.

³³ Cour de cass., ch. com., 16 déc. 2008, n°08-10.460, rectifié par un arrêt du 15 déc. 2009.

³⁴ Cour de cass., 1ère civ., 12 juillet 2001, Navire Bonastar II, n°98-21.591, DMF 2001, n°621, obs. Ph. DELEBECQUE.

En matière contractuelle, le tiers est défini de négativement comme toute personne qui n'est pas partie à une convention.³⁵ Par principe, un tiers à un contrat ne peut pas se voir opposer une clause contenue dans celui-ci ni invoquer une clause de ce contrat pour faire valoir des droits, c'est l'effet relatif des contrats (A). Il apparaît donc surprenant aux yeux de la doctrine que les juridictions françaises déclarent opposable cette clause aux tiers au contrat de transport (B).

A. Le principe d'effet relatif des contrats

L'effet relatif des conventions est un principe essentiel du droit des obligations, il est pleinement consacré par le Code civil (1). Néanmoins, certaines formes de ce que l'on pourrait qualifier d'atteintes au principe sont parfois admises (2).

1) Les effets du principe

Article 1199 du Code civil : « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.*

« *Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV.* »

C'est la transposition du vieux principe *res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest*. Un double effet à l'égard des tiers, passif et actif, est donc créé par cet article. Ils ne pourront ni être créancier d'une obligation contenue dans un contrat qu'ils n'ont pas conclu, ni être débiteur.

Cependant, cela ne signifie pas que le contrat ne leur est pas opposable. En effet, le législateur de 2016 a tenu à affirmer ce point en rédigeant le nouvel article 1200.

Article 1200 du Code civil : « *Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait.* »

La situation créée par contrat, fait social³⁶, doit donc être respectée par les tiers. Ils ne peuvent pas l'ignorer s'ils connaissent son existence.³⁷ Cette précision est importante notamment pour les cas d'action oblique, une des atteintes possibles à l'effet relatif des contrats.

2) Les atteintes au principe

On trouve en effet quelques aménagements à ce principe d'effet relatif des contrats, comme par exemple dans le cas d'une stipulation pour autrui³⁸, d'une gestion d'affaires³⁹ ou encore avec la possibilité donnée à un créancier d'exercer les droits de son débiteur⁴⁰.

Un autre cas où une obligation peut finalement peser sur un tiers à un contrat est celui d'une cession de contrat. La cession peut être forcée ou conventionnelle.

La cession est forcée à la suite de la transmission d'une chose à laquelle le contrat est lié, par exemple le contrat de bail est cédé au nouvel acquéreur de l'immeuble.⁴¹ Dans le cas d'un contrat de transport, cela peut être le cas si le connaissance est au porteur, chaque porteur possédant alors un titre représentatif de la marchandise transportée.

La cession est conventionnelle quand une convention de cession de contrat a lieu entre une des parties originaires et un tiers qui deviendra partie à la place du cédant. Les articles 1216 à 1216-3 ont été introduits dans le Code civil pour consacrer ce mécanisme et en préciser les conditions en 2016.

³⁵S. BRAUDO, *Dictionnaire juridique de Serge Braudo*, site internet [Tiers - Définition - Dictionnaire juridique (dictionnaire-juridique.com)], consulté le 17 juillet 2023.

³⁶Voir not. Cass. com., 19 oct. 1954 : Bull. civ. III, n° 306 ; D. 1956, p. 78 ; Cass. com., 3 juin 2008, n° 06-13.761 : JurisData n° 2008-044216 ; JCP G 2008, II, 10154, note C. MARÉCHAL ; JCP E 2008, 2210, obs. H. HOVASSE ; A. WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Thèse Strasbourg, 1938.

³⁷S. BECQUE-ICKOWICZ, « Art. 1199 et 1200 - Fasc. 30 : CONTRAT. – Effets du contrat à l'égard des tiers. – Dispositions générales. – Opposabilité du contrat », *JurisClasseur Civil Code*, juil. 2022.

³⁸Articles 1205 à 1209 du Code civil.

³⁹Article 1301 du Code civil.

⁴⁰Voir les articles 1341 et suivants du Code civil.

⁴¹S. BECQUE-ICKOWICZ, « Art. 1199 et 1200 - Fasc. 10 : CONTRAT. – Effets du contrat à l'égard des tiers. – Dispositions générales. – Opposabilité du contrat », *JurisClasseur Civil Code*, juil. 2022.

Article 1216 du Code civil : « Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé. Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte. La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité. »

Ce mécanisme ne doit pas être confondu avec celui de la cession de dette précisé aux articles 1327 et suivants du Code civil (voir *infra*). La doctrine considère parfois que la cession de contrat constitue une juxtaposition d'une cession de dette et d'une cession de créance.⁴²

Dans ces deux hypothèses, la cession de contrat ne doit pas être considérée comme une atteinte véritable au principe de l'effet relatif des contrats mais plutôt comme une dérogation, car le cessionnaire devient partie au contrat, donc soumis à son effet obligatoire.

Dans le cas de la *Merchant clause*, les tiers *Merchant* ne deviennent pas partie au contrat. Ils se retrouvent simplement soumis à la même responsabilité que le chargeur et le destinataire par le simple effet de la clause que le transporteur leur oppose. Il semble donc que l'opposabilité de cette clause va à l'encontre du principe d'effet relatif des contrats.

B. Une opposabilité sujette à controverse en France

Malgré cette apparente contradiction entre la *Merchant clause* et le principe élémentaire de l'effet relatif des contrats, la clause continue d'être inscrite dans les conditions générales des transporteurs et continue de justifier l'assignation de tiers *Merchant* devant les juridictions. Nous étudierons successivement les positions de la jurisprudence, qui admet l'opposabilité de la clause (1), et de la doctrine, qui la rejette (2).

1) La jurisprudence française favorable à l'opposabilité

Pour illustrer la position des juridictions françaises⁴³ nous prendrons l'exemple de l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence évoqué en introduction⁴⁴ car il est selon nous le plus clair et le plus représentatif de la jurisprudence française sur la *Merchant clause*.

En l'espèce, un conteneur avait pris feu en raison de mauvais emballage et empotement de marchandises dangereuses.

La société de peinture saoudienne productrice de la marchandise mal conditionnée a donc été assignée en tant que chargeur réel par le transporteur devant le tribunal de commerce de Marseille en vertu de la clause de compétence insérée dans le projet de connaissance. La société, déniant être le chargeur réel de la marchandise et n'étant pas inscrite dans ce projet de connaissance, estimait que c'était sa responsabilité délictuelle qui était mise en cause et qu'ainsi la clause de compétence ne devait pas s'appliquer.

Le tribunal de première instance de Marseille s'est déclaré compétent et la société a alors interjeté appel. Devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, la société reprend les mêmes arguments, se défendant d'être partie au contrat. Le transporteur, pour contrer cette argumentation, affirme que la clause de compétence lui est opposable car la société serait « *partie au connaissance en tant que 'Merchant'* ». Pour renforcer cette position, le transporteur indique que la société avait été informée des dispositions du connaissance par l'intermédiaire de son transitaire et que la clause attributive de compétence constituerait un usage connu de tous les intervenants en matière de transport international.

La Cour devait donc répondre à la question de savoir si une personne qui n'est pas inscrite au

⁴² S. BECQUE-ICKOWICZ, « Art. 1199 et 1200 - Fasc. 10 : CONTRAT. – Effets du contrat à l'égard des tiers. », *op. cit.*

⁴³ Pour connaître la position des juridictions étrangères : Voir P. ARISTA, *La clause Merchant*, sous la dir. C. BLOCH, Mémoire, Université Aix-Marseille, CDMT, 2022 ; P. ALIOUNE MBAYE SECK, *Revue de jurisprudence néerlandaise*, DMF n°785, nov. 2016 ; R. DE WIT, « A propos de la responsabilité imposée aux tiers par des clauses définissant le « marchand » ('Merchant Clause') dans les contrats de transport maritime », *DMF*, nov. 2020, n° 829.

⁴⁴ C.A. Aix-en-Provence, chambre 3-1, 24 octobre 2019, n°19/01240.

connaissance peut se voir opposer la clause attributive de compétence inscrite dans ce dernier au motif qu'elle entre dans la définition du *Merchant* également donnée par ce connaissance.

Les juges répondent positivement à cette question :

« *La validité de la clause inscrite en caractère gras au recto du connaissance et désignant le tribunal de commerce de Marseille n'est ni contestée, ni contestable ; elle s'applique pour tous les litiges opposant le transporteur au 'Merchant', terme comprenant notamment le chargeur réel, et ce quand bien même celui-ci n'est pas comme en l'espèce désigné dans le connaissance.* »

Cette position à première vue très claire⁴⁵ – qui affirme que les clauses du connaissance sont opposables à tous les *Merchant* – est nuancée par la suite de la solution dans laquelle la Cour explique que la société était « *le véritable expéditeur de la marchandise et doit donc être considérée dès lors comme partie au contrat de transport en sa qualité de chargeur réel* ».

Les décisions semblent donc s'orienter en faveur des transporteurs, ce que la doctrine accueille avec de sérieuses réserves.

2) La doctrine opposée à la jurisprudence actuelle

En effet, depuis 2020, plusieurs articles de doctrine critiquant cette large application de la *Merchant clause* par les tribunaux français ont été publiés. Le Professeur De Wit expliquait ainsi dans les pages du Droit Maritime Français en novembre 2020 que bon nombre de *Merchant* l'étaient à leur insu. Il développait ensuite sur l'opposabilité de la clause aux tiers et au destinataire, développement au bout duquel il concluait à la non-opposabilité, ne voyant pas de communauté d'intérêt entre les *Merchant* qui justifierait leur solidarité passive à l'égard du transporteur.⁴⁶

Aussi, en juin 2022, dans le numéro 26 du hors-série annuel du Droit Maritime Français, le Professeur Philippe Delebecque rappelait la particularité de la *Merchant clause* : « *La 'Merchant clause', rappelons le, a pour objet de préciser quels sont les personnes tenues, du côté des intérêts cargaison, à l'égard de la compagnie. Définir dans le contrat lui-même qui est contractant ne va pas de soi, car la qualité de cocontractant se détermine d'abord et avant tout sur le fondement du consentement donné par le ou les intéressés à l'offre de leur partenaire.* »⁴⁷

Enfin, dans la dernière édition du « *Traité de droit maritime* » des professeurs Scapel, Bloch et Bonassies, ces derniers affirment que « *Les principes du consensualisme et de l'effet relatif des contrats imposent d'appréhender cette clause avec la plus grande circonspection. L'on ne voit guère, par exemple, comment elle pourrait être invoquée à l'encontre d'un simple transitaire, non partie au contrat de transport, à moins, bien sûr, qu'il ne l'ait acceptée. Parmi les nombreux protagonistes qui y sont visés, seul le destinataire ayant pris livraison de la marchandise nous semble pouvoir se la voir opposer sans qu'une acceptation spéciale ne soit requise de lui.* »⁴⁸

En effet, les principes fondamentaux du droit des contrats obligent à s'assurer du consentement du tiers *Merchant* à l'applicabilité de cette clause. Cela passe alors par une acceptation spéciale, acceptation spéciale demandée également à l'occasion d'une cession de dette, mécanisme connu du droit des obligations pouvant créer une solidarité passive entre un débiteur originaire et un tiers cessionnaire.

II – Une opposabilité aux tiers au contrat envisageable

Nous estimons que le mécanisme instauré par la *Merchant clause* correspond à une cession de

⁴⁵ Pour une solution similaire, v. C.A. Versailles, chambre 12, 5 août 2021, n°19/08205, note sous G. PIETTE au DMF n°841, déc. 2021 : « *Il ressort enfin des clauses du contrat que le 'Merchant' couvre notamment le chargeur, le porteur du connaissance, ainsi que toute personne agissant en son nom, de sorte que la société BL, en sa qualité de commissionnaire, peut se voir opposer cette clause attributive de compétence.* »

⁴⁶ R. DE WIT, « A propos de la responsabilité imposée aux tiers par des clauses définissant le « marchand » ('Merchant Clause') dans les contrats de transport maritime », DMF, 1er nov. 2020, n° 829.

⁴⁷ Ph. DELEBECQUE, « Transporteur. Action en responsabilité. Compétence. Clause de compétence. Opposabilité. Commitment (non). », DMF n°26 (hors-série), juin 2022.

⁴⁸ P. BONASSIES, C. SCAPEL, C. BLOCH, *Traité de droit maritime*, 4^{ème} éd., LGDJ, Lextenso, 2022, n° 1078, p. 855.

dette, ce qui permet alors son opposabilité si certaines conditions relatives au consentement libre et éclairé de toutes les parties sont remplies.

Depuis la réforme du droit des contrats de 2016, un mécanisme auparavant réprouvé par une partie de la doctrine⁴⁹ a finalement été consacré par la loi : c'est la cession de dette (A). Elle consiste, pour un débiteur, à transférer une dette contractée avec un créancier vers un tiers.

Nous considérons que c'est ce mécanisme précis qui est mis en œuvre par la *Merchant clause* (B). En effet, la créance due au transporteur, par l'effet de la clause, se transmet au tiers qui devient solidairement responsable de son paiement. En revanche, pour que ce mécanisme soit mis en œuvre dans le cadre d'un contrat de transport maritime de marchandises, des conditions doivent être remplies.

A. La cession de dette (articles 1327 et suivants du Code civil)

Le régime de la cession de dette est précisé, depuis 2016, aux articles 1327 et suivants du Code civil. L'objectif initial de la cession de dette est de permettre à un débiteur de se libérer d'une dette en donnant au créancier un nouveau débiteur⁵⁰. La loi prévoit que la cession de dette nécessite l'accord du créancier pour pouvoir produire son effet libérateur. Mais surtout, la loi précise que la cession peut créer une solidarité passive entre le cédant et le cessionnaire.

La cession de dette nécessite, comme toute convention, un consentement libre et éclairé des trois parties à la cession. Il s'agira dans cette partie d'étudier dans un premier temps comment se manifeste le consentement des débiteurs (1), puis, dans un second temps, les dispositions relatives à celui du créancier (2).

1) Le consentement du cessionnaire et du cédant

La cession de dette est un mécanisme conventionnel. Il nécessite donc de remplir les conditions habituelles de la validité des contrats.

Concernant le débiteur cédant d'abord, on pouvait se demander si l'expression de son consentement était véritablement nécessaire, se trouvant, au mieux, déchargé d'une créance, au pire, solidaire avec un nouveau débiteur. La Cour d'appel de Paris avait néanmoins estimé que son consentement était nécessaire dans un arrêt du 4 mai 1990⁵¹. L'article 1327, en précisant que c'est bien le débiteur qui « peut céder sa dette » semble entériner cette solution.

Concernant le débiteur cessionnaire, l'affaire est plus délicate, c'est lui qui accepte de nouvelles obligations, son accord explicite est donc essentiel. La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 4 mai 1990 évoqué précédemment, concluait ainsi que, le nouveau débiteur n'ayant pas donné son acceptation, la cession de dette devenait alors « sans effet », restant au stade d'une simple offre de cession.

2) Le consentement du créancier cédé

Le consentement du créancier cédé est évidemment lui aussi nécessaire à la réalisation de la cession de dette. Il en va encore des principes relatifs à la force obligatoire du contrat. Tout créancier a choisi son cocontractant en connaissance de cause après avoir évalué sa capacité remplir ses obligations. L'accord explicite du créancier à la cession est donc demandé.

Article 1327 du Code civil : « *Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette.* »

Ce consentement peut être anticipé, ou intervenir au moment de la cession.⁵²

En revanche, si l'accord est anticipé, l'article 1327-2 précise qu'un consentement exprès devra être donné par le créancier cédé pour autoriser la libération du débiteur originaire.

⁴⁹ V. J. FRANCOIS, *Droit civil, Les Obligations, Régime général*, dir. Ch. LARROUMET, t. 4 : coll. Droit civil, 4e éd., 2017, spéc. n° 408, p. 567. – L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010, vol. 92, spéc. n° 56 s.

⁵⁰ N. DISSAUX, C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016.

⁵¹ C.A. Paris, ch. 15 sect. B., 4 mai 1990, n° 1990-021605.

⁵² L. ANDREU, « Fasc. 106-2 : Régime Général des Obligations - Opérations sur obligations. - Cession de dette », *JurisClasseur Notarial Répertoire*, Fasc. 106-2, LexisNexis, sept. 2021.

Article 1327-2 du Code civil : « Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. **A défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette.** »

On apprend par-là que la mal nommée « cession de dette » n'a pas pour principe de libérer le débiteur originaire mais de créer une solidarité passive avec un nouveau débiteur.

La cession de dette peut donc être de deux sortes : elle peut entraîner une substitution du débiteur ou une solidarité passive entre le débiteur originaire et le cessionnaire.

C'est une idée adoptée depuis longtemps par la jurisprudence française qui a toujours été hostile à l'entière libération du débiteur originaire sans l'accord de son créancier sans pour autant invalider ces conventions.⁵³

Cette position a été véritablement consacrée par la réforme de 2016 puisque les articles 1328 et 1328-1 précisent plus en détails les effets de la cession à l'égard du « débiteur originaire ».⁵⁴

B. La *Merchant clause*, un mécanisme de cession de dette

Selon nous, la *Merchant clause* crée donc une cession de dette. En effet, il est indéniable que la *Merchant clause* entraîne une reprise de dette (1), et parmi tous les mécanismes de reprise de dette, c'est celui de la cession de dette qui correspond au mécanisme juridique instauré par la *Merchant clause* (2). Il convient alors pour conclure d'étudier les différentes solutions qui pourraient être apportées pour s'assurer du consentement libre et éclairé du cessionnaire (3).

1) La *Merchant clause*, une reprise de dette

La *Merchant clause* est manifestement une reprise de dette.

La reprise de dette est une expression générique qui désigne toute prise en charge d'une dette d'un débiteur par un tiers.

Il y a donc de nombreuses reprises de dettes⁵⁵ :

- la **cession de dette** étudiée ici ;
- la **délégation** qui consiste à ce que le délégué, sous les directives du délégant, s'engage envers un tiers appelé délégataire qui accepte la responsabilité déléguée⁵⁶ ;
- la **novation par changement de débiteur** qui signifie la substitution d'une obligation par une autre ;
- la **promesse d'exécution** par laquelle on qualifie l'engagement pris par un tiers envers le débiteur de payer la dette dont celui-ci est tenu envers le créancier⁵⁷, ne nécessitant alors pas l'accord de ce dernier ;
- la **stipulation pour autrui**, mécanisme utilisé par deux parties à un contrat, le stipulant et le promettant, pour conférer des droits sur ce contrat à un tiers. La doctrine a un moment considéré que c'est ce qui permettait au destinataire de bénéficier de droits à l'encontre du transporteur. Là aussi, dans le cadre d'une reprise de dette, à la différence d'une cession de dette, le mécanisme peut être mis en œuvre sans l'accord du créancier.

⁵³ J. MESTRE, « De quelques changements de débiteurs », *RTD civ.* 1991. 531.

⁵⁴ Article 1328 : « Le débiteur substitué, et le débiteur originaire s'il reste tenu, peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Chacun peut aussi opposer les exceptions qui lui sont personnelles. »

Article 1328-1 : « Lorsque le débiteur originaire n'est pas déchargé par le créancier, les sûretés subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord. Si le cédant est déchargé, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette. »

⁵⁵ L. ANDREU, « Fasc. 106-2 : Régime Général des Obligations - Opérations sur obligations. - Cession de dette », *JurisClasseur Notarial Répertoire*, Fasc. 106-2, LexisNexis, sept. 2021.

⁵⁶ Ph. SIMLER, *JCl. Civil Code*, Art. 1336 à 1340, ou *JCl. Notarial Répertoire*, V° Contrats et obligations, fasc. 104, Régime général des obligations. Opérations sur obligations. Délégation, 2017.

⁵⁷ E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, préc. n° 2, spéc. p. 10. – Comp. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, préc. n° 2, spéc. p. 1242, n° 1306, qui parlent d'« engagement d'un tiers envers le débiteur de payer sa dette ».

La *Merchant clause* n'est selon nous pas un mécanisme juridique *sui generis*, elle crée une reprise de dette au régime tout à fait similaire à celui de la cession de dette.

2) Le régime analogue de la cession de dette

Dans le cas du contrat de transport maritime, le consentement est donc donné en avance comme le prévoit l'article 1327-1 du Code civil : « *Le créancier, s'il a par avance donné son accord à la cession et n'y est pas intervenu, ne peut se la voir opposer ou s'en prévaloir que du jour où elle lui a été notifiée ou dès qu'il en a pris acte.* »

La cession est ensuite organisée entre le *Merchant* cédant et le futur *Merchant* cessionnaire. On a donc une cession de dette organisée par un débiteur originaire et un débiteur nouveau qui entraînera la solidarité passive des deux sans nécessiter d'accord exprès du créancier.

Il faut tout de même noter la particularité de ce mécanisme à l'origine imposé par le créancier cédé qui oblige le débiteur à céder sa dette à tous ceux qui participeront avec lui à la chaîne de transport.

3) Les conditions à la réalisation d'une cession de dette dans le cas d'un transport de marchandises

Le consentement anticipé du créancier donné par le transporteur implique donc la nécessité du consentement éclairé du débiteur substitué pour permettre l'opposabilité de la *Merchant clause* à ce dernier, ainsi que la notification au créancier de son engagement.

Devant cette situation, la priorité est donc de s'assurer du consentement libre et éclairé du tiers qui deviendra *Merchant*, et de sa preuve. Une acceptation spéciale doit ainsi être donnée par le tiers.

La dématérialisation permet désormais de faire porter un connaissance à la connaissance d'une partie beaucoup plus facilement. Il est plus aisé de s'assurer du consentement des *Merchant* avec un connaissance électronique, accessible à tous les acteurs de la chaîne de transport très facilement et rapidement⁵⁸, pour qu'ils puissent y indiquer leur participation et leur consentement à la cession de dette, laquelle serait indiquée de manière visible.

On peut penser que les acteurs du secteur sont désormais informés de ce nouveau risque qu'ils semblent avoir accepté mais il ne faudrait pas que l'opposabilité de cette clause entre en contradiction avec le principe évoqué en introduction d'une interprétation des clauses protectrice du ou des adhérents au contrat de transport par lequel le transporteur impose ses conditions sans négociation possible.

Le déséquilibre des parties à ce contrat d'adhésion ne doit pas permettre au transporteur d'insérer une clause abusive. Aujourd'hui, certains auteurs pensent que les transporteurs essaient de créer de nombreux précédents devant les juridictions afin de renforcer l'application de cette pratique⁵⁹. Ainsi, même si la *Merchant clause* est connue et considérée comme valide par les juridictions, son acceptation spéciale par les tiers semble nécessaire car elle instaure une cession de dette dont les conditions sont déjà clairement posées.

⁵⁸ Voir PH. GARO, *L'adaptation du droit des transports maritimes au droit du commerce électronique*, sous la dir. de C. SCAPEL, PUAM, Bibliothèque du Centre de Droit Maritime et des Transports, 2012, p. 350.

Voir également L. FEDI, « La dématérialisation du connaissance maritime : utopie ou réalité du XXI^e siècle ? », in *Mélanges en l'honneur de Christian Scapel*, sous la coord. de C. BLOCH, PUAM, Centre de Droit Maritime et des Transports, 2013.

⁵⁹ R. DE WIT, « A propos de la responsabilité imposée aux tiers par des clauses définissant le « marchand » ('Merchant Clause') dans les contrats de transport maritime », *DMF*, 1^{er} nov. 2020, n° 829.