

## LE DROIT MARITIME - UN ANACHRONISME ?

Par Yves TASSEL,

Professeur à la Faculté de droit de Nantes.

1 - Poser cette question, n'est-ce pas briser une image ? Oui et non. Oui, peut-être, par le seul fait de la question (quoiqu'il n'est pas de mauvaise question mais seulement de mauvaise réponse). Non, dans le même temps, car il n'est pas impossible que je vous dise que, selon moi, le droit maritime est tout le contraire d'anachronique.

2 - Plus profondément, l'intuition ne nous dit-elle pas que l'interrogation est absurde dès lors que ; la mer est, par sa nature, immuable et que certaines institutions maritimes actuelles viennent de l'Antiquité (la Lex Rhodia de Jactu est la face ancienne de la théorie contemporaine des avaries communes), si d'autres institutions ont disparu (le prêt à la grosse, par exemple). Mais s'arrêter à cette intuition ne serait-ce pas oublier que la règle de droit n'est pas nécessairement liée à la nature des choses mais tout autant à la décision de l'homme, lequel, on le sait maintenant depuis quelque temps, est un roseau pensant.

3 - Ainsi la question de l'anachronisme du droit maritime mérite-t-elle, à mon sens, d'être posée. Encore faut-il en prendre la mesure en commençant par préciser le sens des mots de la question.

4 - Je n'insisterai pas sur anachronisme qui désigne une confusion entre deux époques. Ce mot est simple. Plus délicat est le terme droit maritime. Qu'est-ce que le droit maritime ; ?

5 - Pour faire bref, je le définirai par son objet. Je dirai donc qu'il désigne l'ensemble des règles qui s'appliquent à tout ce qui se rapporte à la mer. Ainsi englobe-t-il les règles gouvernant :

5.1- les choses qui sont aptes à se trouver en mer;

5.2- les activités qui sont liées à la mer : la navigation; l'exploration, l'exploitation et la protection de la mer;

5.3- les événements qui se produisent en mer, par exemple l'abordage et l'assistance;

5.4- les hommes qui vont en mer (et à propos desquels il a été dit cette phrase si subtile, dont la paternité est attribuée tantôt à Socrate et tantôt à Platon, il y a trois sortes d'hommes, les vivants, les morts et ceux qui vont en mer); et

5.5 - les espaces marins.

6 - Bref, le droit maritime englobe l'ensemble des règles de droit dont l'hypothèse (si l'on considère la structure de la règle juridique : hypothèse, conséquence et relation d'imputation) contient le mot navire ou le mot mer et leurs dérivés.

7 - La question restant posée et les mots étant définis, peut-être n'est-il pas inutile de dire comment cette interrogation m'est venue à l'esprit. Il y eut plusieurs triggers; (ressorts, détente) (je reprends le mot de Lord MUSTILL).

8 - Plusieurs d'entre eux se rapportent à une institution très controversée aujourd'hui : la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes.

8.1- C'est une phrase (qui m'a surpris) entendue au téléphone : "La limitation de responsabilité, personne n'en veut plus aujourd'hui".

8.2- C'est l'affaire du HEIDBERG et les multiples questions qu'elle pose ... : satisfaire les règles de sécurité (minimales) est-ce suffisant pour n'être pas en faute ? si cela n'est pas suffisant et si l'armateur peut être considéré en faute, la faute dont il s'agit peut-elle alors et quand même être considérée comme étant inexcusable ? doit-on pérenniser l'impossibilité d'assurer la faute inexcusable, c'est-à-dire la conduite révélant la prévisibilité d'un dommage et son acceptation téméraire sans raison valable ?

8.3- Ce sont quatre articles récents :

- Shipping lawyers : land rats or water rats, par Stewart BOYD ((1993) LMCLQ 317), qui s'interroge sur le particularisme du droit maritime;

- Ships are different-or are they ?, par Lord MUSTILL ((1993) LMCLQ 490), qui concerne les limitations de responsabilité);

- Ships are different : the case for limitation of liability, par David Steel, Q.C., ((1995) 1 LMCLQ 77-88) qui est une réponse faite;

- Limitation of liability in maritime law : an anachronism ?, par Gotthard Gauci (Marine Policy, vol. 19, n. 1, pp. 65-74) qui se demande si l'érosion de la limitation que produit the Oil Pollution Act 1990 ne préfigure pas les futurs développements du droit maritime.

8.4- C'est encore une très importante discussion qui, si j'ose dire, se traîne depuis plus de 15 ans : l'élaboration (OMI) d'une convention internationale concernant le transport par navire des HNS (Hazardous and Noxious Substances) (Marchandises nocives et potentiellement dangereuses), autrement dit le transport des produits chimiques, et les difficultés qu'elle soulève concernant les nomenclatures des produits, les plafonds de responsabilité et l'alimentation des fonds qui permettraient de garantir le paiement.

9 - Mais d'autres institutions que la limitation de responsabilité du propriétaire de navire semblent être sur la sellette.

9.1- Ainsi d'abord le régime juridique de l'assistance à propos duquel il a été dit que, lors de la réforme du droit de l'assistance en 1989, on a laissé passer l'occasion de mettre un terme à la fameuse règle no cure no pay.

9.2- C'est aussi la question de la ratification de la nouvelle convention internationale de 1993 sur les hypothèques et les privilèges maritimes.

9.3- Sans compter que même l'institution bi-millénaire des avaries communes exaspère certaines personnes tant sa mise en œuvre peut être aujourd'hui complexe en raison des développements modernes du transport de conteneurs et estimée inutile par suite du développement des assurances.

9.4- Sans doute pourrait-on proposer encore d'autres éléments incitant à parler d'anachronisme du droit maritime, ne serait-ce que les modifications législatives internes ou internationales qu'il est possible de relever. Encore qu'en sens contraire, force est de constater que des nations se donnent aujourd'hui un droit maritime.

10 - Aussi bien arrêtons là une énumération non exhaustive pour en venir au débat qui peut en découler. Je m'arrêterai à deux questions très générales.

11 - Le droit maritime est-il en retard, du passé, dépassé ? Mais comme l'anachronisme peut se présenter à l'inverse, on peut aussi se demander s'il n'est pas en avance, s'il ne peut pas servir de modèle pour d'autres branches du droit.

12 - Pour tenter de répondre, je reviendrai sur  
CERTAINS SIEGES D'ANACHRONISME (I)  
LES INTERROGATIONS QUI EN DECOULENT (II)  
QUELQUES IDEES A PROPOSER (III)

## **I - DE QUELQUES SIEGES D'ANACHRONISME**

13 - Ces sièges d'anachronisme peuvent sembler se situer dans le droit des espaces marins, des régimes de responsabilité du transporteur maritime et du propriétaire de navire, des événements de mer (les trois A : Abordage, Assistance et Avaries communes) et dans des pratiques ou règles que l'on a du mal à laisser.

### **A - L'ANACHRONISME DU DROIT DES ESPACES MARINS (MONTEGO BAY 1982 v. GENEVE 1958 )**

14 - La Convention de Montego-Bay de 1982 peut sembler établir l'anachronisme des Conventions de GENEVE de 1958 (sur la mer territoriale et la zone contiguë, sur la haute mer, sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer et sur le plateau continental). Il est vrai qu'elles avaient été discutées à un moment historiquement très spécifique, immédiatement avant l'immense mouvement de décolonisation qui les suivit à très court terme. Il est non moins vrai qu'elles ne prenaient pas suffisamment en compte la nécessaire protection des ressources contre les appétits grandissant des Etats économiquement développés et les besoins non satisfaits des pays insuffisamment développés techniquement. Car malgré l'idée que la mer est une res communis et non une res nullius, rien n'établissait juridiquement cette opinion s'agissant de la gestion de la mer. L'anachronisme serait celui-ci : le principe de la liberté des mers est d'un autre âge; la mer doit être appropriée.

15 - Mais l'anachronisme pourrait peut-être se lire aussi dans certaines des dispositions de la Convention de MONTEGO BAY :

15.1- par exemple dans l'étendue de la mer territoriale, c'est-à-dire dans le fondement de la délimitation de celle-ci, la portée du canon n'ayant plus véritablement de sens aujourd'hui. Des Etats ont d'ailleurs la prétention de ne pas limiter cette étendue à 12 milles marins (Art. 92) mais de la fixer à 200 milles. L'anachronisme serait que cette largeur n'a plus de sens.

15.2 - et aussi dans les dispositions qui font de l'Etat du pavillon le souverain du navire qui le porte (Art. 92) dès lors qu'il est établi que des Etats n'exécutent pas les obligations que le droit international leur impute (Art. 94). L'anachronisme serait celui de l'autorité de la loi du pavillon.

15.3 - Un anachronisme différent pourrait être épinglé, un anachronisme en quelque sorte inverse, celui qui concerne la Zone et l'Autorité. L'idée d'une exploitation des fonds marins par tous et au profit de tous n'est-elle pas mort-née ce que révèle le peu d'empressement des Etats développés à ratifier la convention de MONYEGO BAY et l'impasse dans laquelle se trouve aujourd'hui la mise en place du droit dérivé sans lequel la convention n'est qu'une coquille vide. L'anachronisme serait cette fameuse idée que la mer est le patrimoine commun de l'humanité.

16 - Laissant ces questions de droit international, j'en viens à des aspects plus privatistes et d'abord à la grande question des régimes de responsabilité.

## **B - L'ANACHRONISME DES RÉGIMES DE RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR MARITIME**

(HAMBOURG 1978 v. BRUXELLES 1924) DU TRANSPORTEUR MULTIMODAL (GENEVE 1980) ET DU PROPRIÉTAIRE DE NAVIRE, INDEPENDEMMENT LONDRES 1976) OU EN PRESENCE D'UNE POLLUTION PAR LES HYDROCARBURES (OIL POLLUTION ACT 1990 v. BRUXELLES 1969 ET 1971)

17 - Quatre anachronismes seraient à relever :

17.1 - l'anachronisme de la faute nautique et des exceptions de responsabilité du transporteur maritime;

17.2 - des canalisations de responsabilité;

17.3 - des limitations de responsabilité du propriétaire de navire;

17.4 - de l'autonomie de la volonté.

17.1 - L'anachronisme de la faute nautique et, plus généralement, des exceptions de responsabilité du transporteur maritime de marchandises (HAMBOURG 1978 v. BRUXELLES 1924);

171.1- On sait que le transporteur maritime se libère par la preuve que les pertes ou dommages résultent "des actes, négligences ou défaut du capitaine, marin, pilote ou de ses préposés dans la navigation ou dans l'administration du navire", faute dite nautique (Bruxelles 1924, Art. 4-2-a). On sait aussi qu'il se libère en rapportant la preuve que ces pertes ou dommages résultent de l'un des faits énumérés dans les 16 autres lettres du même article 4-2. Or si certains de ces faits constituent sans aucun doute le cas de force majeure traditionnellement exonératoire, d'autres, tel l'incendie ou la grève, ne le sont pas nécessairement.

171.2- Cependant, la faute nautique a été le bouc émissaire de la vindicte des pays nouvellement indépendants contre ce droit de classe élaboré par les pays anciens colonisateurs.

171.3- Ainsi l'indépendance proverbiale du commandant du navire, les périls de la mer et la méfiance vis-à-vis de celui qui prend une décision dans la chaleur de son cabinet (le juge) ne légitimaient-ils plus une institution qui apparut injuste dans la mesure où le défendeur (l'armateur) se précipite à invoquer la faute de son préposé (le capitaine) pour faire valoir une exonération de responsabilité qui devient particulièrement choquante.

171.4- La faute nautique souffrait d'ailleurs d'un autre mal : elle était difficile à qualifier. La chose apparut très nettement avec la faute d'arrimage, càd de répartition des marchandises dans le navire et de saisine de celles-ci, dans la mesure où la faute peut produire deux effets différents : endommager les marchandises ou mettre en péril la navigation du bâtiment. Devait-on alors distinguer entre une faute d'arrimage commerciale et une faute d'arrimage nautique ?

L'anachronisme serait celui des modes d'exonération de responsabilité dans une matière (le transport) qui est dominée par le principe d'une responsabilité de plein droit (strict liability).

17.2 - L'anachronisme des canalisations de responsabilité (les fonds de limitation (LONDRES 1976); l'entrepreneur de manutention et le pilotage en droit français);

172.1- Dès lors que l'armateur peut constituer un fonds de limitation (sur le principe duquel on reviendra), aucune créance à laquelle le fonds est opposable ne peut être payée sur une autre valeur que le fonds. Cela oblige le créancier à plaider devant le tribunal dans le ressort duquel le fonds a été constitué.

172.2- Par ailleurs, en droit français, une règle prise en 1966 rend l'entrepreneur de manutention responsable envers celui qui a requis ses services, lequel a seul une action contre lui (Art. 52).

172.3- Pareillement "le pilote n'est pas responsable envers les tiers des dommages causés au cours des opérations de pilotage. Il doit contribuer à la réparation, dans ses rapports avec l'armateur du navire piloté, dans la mesure où celui-ci établit que le dommage est dû à une faute du pilote" (L. 3 janv. 1969, Art. 18).

172.4- Cependant, la protection des intérêts de la victime résultant de ce qu'on lui donne un responsable ne suffit pas à la satisfaire car elle entend agir dans les meilleures conditions possibles. Or très souvent, la canalisation de la responsabilité l'oblige à agir là où elle ne le souhaite pas (le fonds serait constitué là où l'auteur entend le faire et le transporteur maritime est très fréquemment domicilié à l'étranger).

L'anachronisme serait celui des conditions de l'action en justice : en toutes hypothèses, la victime doit avoir le droit de poursuivre l'auteur du dommage dans les conditions qui lui conviennent et les règles de droit qui contreviennent à ce principe sont à condamner.

17.3 - L'anachronisme des limitations de responsabilité (OPA 1990 v. BRUXELLES 1969 ET 1971).

173.1- Traditionnellement, le propriétaire de navire peut limiter sa responsabilité, qu'elle soit de nature délictuelle ou de nature contractuelle, en constituant un fonds de limitation et cette faculté ne cesse que s'il est prouvé que le dommage résulte de son fait ou de son omission personnels, commis avec l'intention de provoquer un tel dommage ou commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement (Londres 1976, Art. 4).

173.2- Le principe de la limitation de responsabilité du propriétaire de navire subsiste avec des aménagements en matière de pollution par les hydrocarbures dans la mesure où la prise en charge des dommages non réparés par le propriétaire du navire est le fait d'un fonds international d'indemnisation alimenté par les versements qui pèsent sur les importateurs d'hydrocarbures (Bruxelles 1969 et Bruxelles 1971).

173.3- Or, à la suite de la pollution qu'a connue l'Alaska par suite des incidents survenus dans l'exploitation de l'Exxon Valdez, les Etats Unis ont pris, en 1990, une loi, le célèbre Oil Pollution Act, mettant à mal le droit pour l'armateur de limiter de la sorte sa responsabilité.

Tout se passe donc comme si les périls de la mer, l'importance des dommages et la nécessité d'attirer des capitaux ne légitiment plus la constitution des fonds de limitation que le droit maritime permet traditionnellement de constituer et d'opposer à certaines créances. L'anachronisme tiendrait à ce que les tiers ont un droit à voir la totalité de leurs dommages indemnisés.

174 - L'anachronisme de l'autonomie de la volonté; (REGIME IMPERATIF v. REGIME SUPPLETIF ou BRUXELLES-HAMBOURG v. REGLES CONVENTIONNELLES).

174.1- En droit maritime, seuls les contrats d'affrètement sont librement débattus par les parties contractantes. Les contrats de transports de marchandises obéissent à des régimes juridiques impératifs, des statuts. Ainsi tout se passe comme si l'idée que le contrat est juste lorsqu'il est le produit de la volonté des contractants n'est plus défendable parce que les contractants ne sont pas économiquement égaux.

174.2- La liberté de contracter a d'ailleurs été entamée par les Règles de HAMBOURG qui soumettent à son emprise (tout en l'aménageant) le transport d'animaux vivants (Art. 1-5 et 5-5) et le transport en pontée (Art. 9) , laissés hors du champ des Règles de LA HAYE (Art. 1-c).

174.3- La liberté ne subsiste donc que pour des trafics particuliers, ce que l'on a parfois tendance à oublier. Cependant, les Règles de HAMBOURG ne contiennent même plus cette réserve que l'on trouve dans les Règles de LA HAYE (Art. 6, dern. par.).

L'autonomie de la volonté est du siècle des Lumières. Au XXème siècle, elle n'a pas lieu d'être en matière maritime.

L'ANACHRONISME DU DROIT DES ÉVÈNEMENTS DE MER (LONDRES 1989 v. BRUXELLES 1926 SUR L'ASSISTANCE - NOUVELLES RYA 1995)

18 - L'anachronisme de la place de la faute dans le droit de l'abordage;

18.1- Le droit maritime donne à l'abordage un statut très particulier en énonçant que "si l'abordage est fortuit, s'il est dû à un cas de force majeure, ou s'il y a doute sur les causes de l'accident, les dommages sont supportés par ceux qui les ont éprouvés" (L. 7 juill. 1967, Art. 2). L'anachronisme serait cet flot de responsabilité pour faute prouvée alors qu'en matière d'accidents, la responsabilité est désormais de façon générale une responsabilité de plein droit.

19 - L'anachronisme du régime de l'assistance; : la règle "no cure no pay".

19.1- On a justifié cette règle par le fait qu'elle devrait permettre de mieux conclure un contrat d'assistance, l'exploitant du navire étant assuré qu'il n'aurait pas à dépenser plus que le montant des valeurs engagées dans l'expédition maritime et, encore mieux, qu'il n'aurait rien à donner en cas d'échec de l'assistance.

19.2- Mais la catastrophe de l'Amoco-Cadiz fait douter que la règle remplisse la fonction qui lui est assignée : Ne pas hésiter à conclure le contrat.

19.3- En outre, elle semble de nature à nuire à la défense de certains intérêts dans la mesure où elle semble devoir orienter le sauveteur vers la protection des valeurs engagées dans l'aventure maritime plutôt que vers celles qui lui sont extérieures, et notamment l'environnement. Cela n'est pas de notre temps.

20 - L'anachronisme de l'avarie commune;: l'institution est inutile au temps des assurances.

L'idée de faire supporter par la communauté des trois intérêts concernés par l'expédition maritime (le navire, le fret et la cargaison) les sacrifices faits et les dépenses engagés volontairement pour le salut de celle-ci est une idée certainement hautement morale (Règles d'YORK et d'ANVERS). Mais ses fondements théoriques, voire historique, le partage des profits, l'idée de la gestion d'affaires et l'idée d'enrichissement sans cause, ne semblent pas des idées suffisamment fortes pour maintenir une institution qui est dite coûter chère et dont les difficultés techniques pourraient se révéler extrêmement ardues dans certains types de transport, et notamment le transport d'un nombre élevé de conteneurs par un navire porte-conteneurs.

Sans compter qu'elle peut donner naissance à des abus si l'idée d'intérêt commun l'emporte sur celle de salut commun.

### **C - L'ANACHRONISME RELEVANT DE LA DIFFICULTE DE SE DEFAIRE DU PASSE**

21 - L'anachronisme du droit maritime pourrait aussi se révéler par la difficulté de cerner certains des concepts parmi les plus importants; , par exemple celui de livraison des marchandises et celui de navire. De la même idée participe la difficulté que l'on a à cerner le fondement des droits du destinataire des marchandises.

22 - L'anachronisme du droit maritime se mesurerait aussi à la difficulté que l'on a à se séparer du connaissance; alors que d'autres documents de transport (lettre de transport maritime, ordres de mouvements, et autres) ont vu le jour. Or le droit maritime serait directement responsable de la situation tant il a donné d'importance à ce titre. Pourtant les conséquences qui doivent être tirées de l'efficiace du titre ne justifient pas son emploi là où il n'est pas impérativement nécessaire. Or la communauté des chargeurs tarde à se défaire de son utilisation. Que dire alors de l'obligation d'avoir un écrit à une époque où les informations s'échangent par voie informatique (EDI) ?

23 - Enfin l'anachronisme du droit maritime se découvrirait par la difficulté que l'on éprouve à délaisser certains privilèges maritimes et à revenir sur leur classement (BRUXELLES 1993 v. BRUXELLES 1926) (31-6 de la loi française);. Portant, la nécessité du crédit n'impose plus le maintien de certains privilèges à l'époque où les communications sont devenues si faciles et, par suite, certaines préférences sont difficiles à accepter aujourd'hui.

24- Bref, le droit maritime souffrirait de trois maux qui ne sont pas de peu de poids : il serait

- injuste (anachronisme des régimes de responsabilité).

- inadéquat (anachronisme des événements de mer).

- inconséquent (anachronisme des pratiques).

25 - Que vaut la critique ? On ne peut pas répondre sans prendre la mesure des interrogations que ces prétendus sièges d'anachronisme soulèvent.

## **II -LES INTERROGATIONS QUI EN DECOULENT**

26 - Tant de maux, est-ce possible ? Les nations, les législateurs, les politiques ont-ils jusqu'à présent été aveugles à ce point qu'ils ne se sont rendus compte de rien ? Ou bien la société a-t-elle changé à ce point que les fondements de ces institutions sont désuets ?

27 - En fait ces interrogations nous invitent à vérifier les fondements des règles (dites anachroniques).

### **A - S'AGISSANT DES ESPACES MARINS**

28 - La renégociation du droit de la mer dans le cadre de l'ONU pose certainement la question du législateur du droit maritime. On voit bien que la société maritime a changé. Les nations nouvelles demandent à être associées à l'élaboration des règles. Cela n'est pas seulement vrai en matière de droit international public, mais aussi en matière de droit international privé. Les matières traditionnellement réservées au Comité Maritime International (CMI) sont aujourd'hui prises en charge dans le cadre de l'ONU. En fait, il s'instaura entre ces institutions internationales une coopération extrêmement intéressante. Un exemple pourrait en être donné avec l'élaboration de la nouvelle convention de 1993 sur les privilèges et les hypothèques maritimes. Au demeurant, l'élaboration du droit maritime peut se heurter à d'autres institutions de droit international. On pense notamment à la constitution de ces entités nouvelles, Union Européenne ou Association de Libre Echange Nord Américaine (ALENA). Dans quelles mesures ces institutions régionales bouleversent l'ordre international traditionnel ? Voilà certainement une grande question.

29 - Quant au fond du droit, la situation est différente car il n'est pas sûr que la Convention de MONTEGO BAY ait bouleversé le droit des Conventions de GENEVE.

Il faut au contraire y voir plutôt le prolongement de celles-ci. Car d'une part MONTEGO BAY 1982 retient bien des acquis de GENEVE 1958. D'autre part MONTEGO BAY les prolonge dans un esprit qui n'est pas différent, l'idée fondamentale étant la protection des espaces marins contre une surexploitation et une dégradation qui vont en s'accroissant. Les droits souverains des Etats sur l'espace ZEE nouvellement créé constituent un droit de protection, un droit de riveraineté. Or il s'agit autant de la protection de la mer que de la protection des droits des Etats riverains. En faisant des espaces côtiers des réserves de valeur pour les Etats, MONTEGO BAY protège la mer d'une surexploitation due à l'appétit grandissant des Etats tiers. Et en faisant des fonds marins le patrimoine commun de l'humanité, elle applique l'idée que la mer est une res communis.

30 - Certes, la valeur du principe n'a pas suffi encore à écorner le principe de fonder les solidarités sur des intérêts plutôt que sur des besoins. Mais cela ne signifie pas nécessairement que la règle soit hors de son temps. La préservation des richesses pour le profit de tous est une idée qui fait son chemin, ainsi que le montrent le développement du droit de l'environnement.

31 - La délimitation de la mer territoriale fait effectivement penser que la portée du canon n'est plus le fondement de celle-ci. Mais là encore c'est de protection des Etats côtiers qu'il s'agit tant est évidente son expression dans le droit de passage inoffensif. Il se trouve seulement que cette protection est étendue à bien d'autres aspects que la guerre. Et comme il est ici question de droit de souveraineté et non pas seulement de droits économiques finalisés, il doit être affirmé avec force que la prétention de l'étendre à 200 milles n'est pas condamnable du point de vue de la nature des choses, mais bien du point de vue politique : la mer demeure l'espace d'un ordre juridique international et non pas d'un ordre juridique interne pour autant que le besoin de cet ordre juridique interne n'est pas impérieusement établi. Cette réflexion conduit aux pavillons de complaisance.

32 - Il est vrai que nombre d'Etats sont des Etats de pavillon de complaisance, c'est-à-dire des Etats qui n'exercent pas les droits de contrôle sur les navires qui battent leur pavillon, obligations que la communauté internationale leur impose. Mais les Etats côtiers concernés par le maintien de la sécurité maritime ont su s'organiser, et notamment à partir des dispositions contenues dans la Convention de MONTEGO BAY, pour lutter efficacement contre cet état de fait : le Memorandum Of Understanding de Paris (1983) en est l'exemple même.

## **B - S'AGISSANT DES RÉGIMES DE RESPONSABILITÉ,**

33 - L'anachronisme de la faute nautique et, plus généralement, des exceptions de responsabilité (HAMBOURG 1978)

33.1- L'exonération de la responsabilité de l'armateur du navire (pris en qualité de fréteur du navire ou de transporteur de marchandises) dans l'hypothèse où le commandant a commis une faute nautique reposait sur les trois idées majeures suivantes : l'indépendance proverbiale du commandant du navire, les périls de la mer et la méfiance vis-à-vis du juge qui prend une décision dans le confort de son cabinet.

33.2 - Ces idées sont-elles désuètes ? Conduisaient-elles à une solution inique ?

33.3 - Certes, l'évolution de la situation du capitaine est réelle. Mais il faut bien distinguer entre sa fonction commerciale sans doute disparue et sa fonction nautique qui demeure réelle (Cf. le drame de l'Amoco-Cadiz). Or l'application de la faute nautique avait déjà été réduite dans de telles proportions que sa disparition change, en fin de compte, très peu de chose.

33.4 - Quant au fond, personne ne peut nier que les périls de la mer subsistent car il ne faut pas perdre de vue que le progrès génère sa contrepartie. Le drame du Herald of Free Enterprise et celui de l'Estonia rappellent que les hommes paient extrêmement chers pour les conséquences de leur présomption : aller toujours plus vite. Mais, dira-t-on, il ne s'agit pas là de périls de la mer. Cela n'est pas tout à fait exact car on ne doit pas méconnaître le fait que la mer, par sa nature, ajoute cruellement à la faute de l'homme. Là où sur terre la faute de l'homme produit un dommage limité, en mer la faute de l'homme produit une catastrophe. Dans l'affaire du Braer, il est loin d'être évident de considérer que l'équipage a quitté le navire trop rapidement. Ou alors faudrait-il admettre que la mer est faite pour des héros ?

33.5- Enfin, il semble exact que le juge ne soit pas placé dans une situation idéale pour décider de la décision qui a été prise par le commandant du navire dans l'urgence et le péril. Et pourtant nul ne peut le faire à sa place. Exonérer de la faute nautique du commandant, c'était aussi obvier à l'impossible décision du juge. Le commandant doit prendre une décision immédiate. Il a sans doute une chance sur deux de se tromper. N'est-il pas intellectuellement discutable de dire, après coup, que l'autre décision eût été meilleure ?

33.6 - Quant à considérer les exceptions de responsabilité comme périmées, la chose est encore plus grave si elle tend à faire penser que seule la force majeure exonère le transporteur maritime. Or il faut se rappeler que la responsabilité maritime a de tous temps été une responsabilité spécifique, ainsi que l'établit avec force l'opposition faite entre le maritime carrier et le common carrier.

34 - L'anachronisme des limitations de responsabilité (OPA 1990)

34.1- Il est exact que les victimes demandent l'indemnisation totale des dommages qu'elles subissent et il n'est pas absurde de considérer a priori qu'elles peuvent y prétendre. Mais la question se pose également de savoir s'il ne convient pas de distinguer parmi les différentes catégories de dommages parce qu'on ne peut pas évacuer la question du fondement de la responsabilité : la faute, le risque, la garantie. Or si l'on peut accepter l'idée d'une garantie de l'indemnisation, est-il pour autant évident que la garantie doit être totale ? Et si oui, comment en obtenir l'indemnisation ?

34.2 - Inversement, l'importance des périls, la valeur immense des dommages et la nécessité d'attirer des capitaux sont-elles des idées désuètes ? Cela serait à vérifier.

342.1- Les navires et les cargaisons représentent des valeurs toujours plus grandes. Et dire qu'il n'est plus besoin d'attirer les capitaux n'est pas vérifié. Les Lloyds l'ont bien compris qui, pour attirer les capitaux des investisseurs institutionnels, ont fait sauter la fameuse règle de la garantie illimitée des Names. La course aux quirats, investissement dans lequel celui qui n'exploite pas le navire peut limiter sa responsabilité, montre la nécessaire pérennité de la limitation. La constitution des pools et des consortiums le manifeste : la construction et l'exploitation des navires actuels dépassent souvent les possibilités d'une seule société. Le vieillissement des flottes et la difficulté de les renouveler prouve que la situation économique est défailante.

342.2- Reste cependant la grande question du partage des risques entre ceux qui sont concernés par les choses de la mer et ceux qui ne le sont pas, distinction sur laquelle Lord MUSTILL a construit son propos. Alors c'est la question de la nature du transport qui est en jeu, celle de son intérêt particulier et de son intérêt général.

35 - L'anachronisme des canalisations de responsabilité (les fonds de limitation (LONDRES 1976); l'entrepreneur de manutention; le pilotage)

35.1- L'idée d'une canalisation de la responsabilité (qui s'opère notamment par la constitution des fonds de limitation, mais que l'on trouve en matière d'entreprise de manutention (L. 18.6.1966, art. 52) et de pilotage (L. 3.1.1967, art. 18 )) n'est sans doute pas en soi une mauvaise chose.

35.2- Mais il convient certainement d'en tracer les limites pour éviter qu'elle ne tourne à l'injustice ou au déni de justice. Il faut alors éviter que le demandeur soit contraint de plaider en un lieu qui lui est anormale. A cela répondent les règles de compétence territoriale du droit commun. Et s'agissant d'obvier à l'insolvabilité du débiteur, répondent les assurances maritimes.

36 L'anachronisme de l'autonomie de la volonté; périmée devant la disproportion des forces et l'invasion des statuts (REGIME SUPPLEMENTIF v. REGIME IMPERATIF)

36.1- La question de la place de l'autonomie de la volonté dans les activités maritimes est réelle. Si trop de libéralisme conduit à l'écrasement des moins forts et aux situations de monopoles et d'abus, trop de dirigisme ne constitue pas le remède correct. Il faut sans doute rechercher des voies médianes mais surtout vérifier les concepts sur lesquels la production du droit s'appuie : liberté de choix ou concurrence, équité, équilibre. Reste à déterminer celui qui doit les mettre en œuvre : le législateur ou le juge ?

36.2- Or la question pourrait connaître une nouvelle jeunesse. A côté des conventions internationales impératives qui régissent le transport maritime de marchandises se développent des Règles conventionnelles dont il faudra se demander si elles sont compatibles avec les statuts internationaux. Il faut ici mentionner spécialement les Règles CMI 1990 relatives à la LTM (lettre de transport maritime) et les Règles CNUCED-CCI 1991 relatives au document de transport multimodal de marchandises (DTM).

## **C - CONCERNANT LES ÉVÈNEMENTS DE MER**

37 - L'anachronisme de la place de la faute dans le droit de l'abordage; à l'époque où la responsabilité de plein droit a envahi la totalité des branches du droit.

37.1- Le partage des risques et la limitation de responsabilité qui est le corollaire du régime fondée sur la faute lorsque le dommage est de cause inconnue ou résulte de la force majeure (abordage douteux ou par cas fortuit) reposent sur l'idée que, dans une vie, la statistique établit que l'on en est tantôt victime, tantôt bénéficiaire de l'institution. Rien n'établit véritablement qu'il en soit autrement, du moins s'agissant des intérêts engagés de façon permanente dans l'expédition maritime.

37.2- Quant aux chargeurs, c'est sans doute la limitation de responsabilité qui permet de mieux fixer la consistance des primes. Sans compter qu'il faut se garder de l'idée que les assurances permettent de payer pour tout.

38 - L'anachronisme du régime de l'assistance

38.1- La règle no cure no pay a pour raison d'être de ne pas hésiter à conclure le contrat - "When ship and cargo are in imminent peril on the seas, it is no time to sit around drafting a contract providing for their rescue" (Lord DONALDSON, préface à DARLING & SMITH's LOF 90 and the New Salvage Convention).

38.2- Mais cette règle no cure no pay rejoint aussi l'idée précédente : pour l'assistant et l'assisté mettre quelque chose en commun et plus encore s'associer dans une véritable aventure maritime : tirer le navire du péril où il se trouve.

39 - L'anachronisme de la théorie des avaries communes

Cette institution repose sur l'idée que l'expédition maritime est une affaire commune et que le sacrifice de l'un, dès lors qu'il a profité à tous, doit être partagé par tous. C'est l'autre face de la limitation de responsabilité et son fondement repose aussi sur la statistique : l'avarie commune concerne le cas de force majeure alors que la limitation de responsabilité concerne le dommage qui, sans doute, aurait pu être évité.

## D - QUANT AUX CONCEPTS ET AUX DOCUMENTS

40 - Un seul exemple : A quoi la libération du transporteur doit-elle être liée, au déchargement ou à la livraison ? Et comment la livraison doit-elle se définir ?

41- Cette question pose celle de l'opposition entre le physique et le juridique. Il est exact que l'ordre physique et l'ordre juridique peuvent ne pas coïncider. Mais contrarier la nature doit demeurer exceptionnel et se faire de la façon même dont on doit utiliser la drogue, à dose homéopathique. Or trop souvent le contractant s'abrite derrière des situations abstraites qu'il invoque au détriment de son cocontractant et en opposition avec l'idée qu'il est juste que ceux qui ont le pouvoir d'organiser les choses soient responsables des lacunes de l'organisation. D'où notre accord sur la nouvelle définition de la livraison donnée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence : "la livraison est l'opération par laquelle le transporteur remet la marchandise à l'ayant droit qui l'accepte et qui est mis en mesure d'en vérifier l'état et d'en prendre effectivement possession" (Cass. com., 17 novembre 1992, navire Rolline : DMF 1993, p. 563).

42 - L'anachronisme du connaissement face aux autres documents de transport, voire à l'échange de données informatisées (EDI)

La vérité est que les fonctions du connaissement ne sont pas toujours toutes utiles. Il n'est donc pas nécessaire d'utiliser ce titre lorsque le besoin ne s'en fait sentir. Cela se réalise déjà sur certains types de trafics.

43 - L'anachronisme des privilèges maritimes

Il est vrai que la société est de plus en plus développée techniquement. De là à dire qu'il n'existe pas de trous dans le filet, cela paraît présomptueux.

44 - Bref, le droit maritime, par ses institutions les plus spécifiques, se révèle comme un droit construit sur la solidarité, le partage des risques et des profits, la volonté de voir se développer le commerce maritime. Il propose une organisation très professionnelle.

45 - Par là, il tend à s'opposer au droit commun qu'appellent ceux qui sont étrangers au commerce maritime car ce droit civil repose sur d'autres fondements : la réparation intégrale, l'individualisme, le relai d'institutions publiques.

46 - Peut-on cependant, avoir pris la mesure de cette opposition, faire quelques propositions ?

## III - QUELQUES IDEES A PROPOSER

1 - Partons de ce qui est le plus visible et le plus dramatique : la protection de l'environnement; est une idée juste. Mais The Oil Pollution Act 1990 n'est pas l'exemple de ce qu'il faut faire en la matière.

De quoi s'agit-il ?

Pour se protéger d'une nouvelle marée noire, les Etats Unis, par la main du Président Bush, ont, le 18 août 1990, introduit dans le droit fédéral une loi qui est entrée en vigueur le 28 décembre 1994. Cette loi contient plusieurs mesures, dont les principales sont celles-ci :

- les tankers devront avoir une double coque;
- ils devront avoir à bord un plan d'urgence de lutte contre la pollution qui ait été agréé par les Coast Guards;
- les équipages devront répondre aux standards américains;
- le navire devra posséder une garantie financière pour le paiement de la nouvelle responsabilité, sous peine de saisie immédiate;
- le plafond de la nouvelle responsabilité est fixée à 150-200 Millions de US\$ pour les tankers et à 80 M US\$ pour les autres navires;
- mais la responsabilité sera illimitée dans l'hypothèse d'une faute dont il n'est pas établi qu'il s'agisse d'une faute d'une extrême gravité;
- la responsabilité pèsera sur le seul armateur, à l'exclusion du propriétaire de la cargaison;
- la responsabilité pourra être fixée sans plafond par les Etats car ils sont autorisés à être plus exigeant que ne l'est la loi fédérale (ce qu'ont décidé les Etats côtiers).

Il s'agit donc de tout cela. Quelles réactions ce régime nouveau engendre-t-il ? Disons que si l'on peut être d'accord avec l'idée de lutter contre les pollutions, on ne peut méconnaître qu'il encourt plusieurs critiques.

Il révèle l'individualisme dans un domaine, la sécurité maritime, où il est probablement la pire des choses .

Cet individualisme est grave. En focalisant le débat sur la réparation, il traite de façon très peu orthodoxe la prévention contre et l'élimination des navires sous normes. Peut-être en effet celle-ci se fera-t-elle, s'agissant des côtes américaines, parce que les navires sous normes ne trouveront pas d'assureurs pour les garantir. Mais, d'une part, rien ne dit que les Etats Unis ne seront pas également désertés par des compagnies plus sérieuses. D'autre part et surtout cela revient à faire ce qu'on peut lire sur les T shirts que l'on trouve en vente au Pays de Galles : "Throw your liters in England". C'est peut-être une bonne plaisanterie; ce n'est pas une bonne politique.

Cette loi révèle qu'on a légiféré en partie dans la précipitation et la vindicte contre les sales pollueurs.

2 - Il faut être réaliste. Il faut se défendre des mirages.

L'idée du 0 dommage est fallacieuse. Le risque doit être pris en compte pour le prévenir, le répartir et le garantir. Mais l'idée d'une réparation illimitée est aussi une idée dangereuse parce qu'elle est intenable. De même n'est pas nécessairement justifiée l'idée d'une uniformisation des responsabilités (idée de Lord MUSTILL) s'agissant d'activités différentes dans leur nature : transport par route, fer, fleuve et air.

Au contraire, la solidarité des intérêts maritimes doit être maintenue, quitte à la corriger. On a de bons exemples de cette évolution. Ainsi en matière d'assistance et d'environnement, la nouvelle règle concernant l'indemnité spéciale : si dans le cours d'une assistance qui échoue, l'assistant a fourni des services qui ont protégé l'environnement, il a droit, à défaut de la rémunération d'assistance qui ne peut exister sur le fondement de la règle no cure no pay, à une indemnité spéciale, dont le régime et la nature juridiques sont spécifiques : elle pèse sur le seul armateur du navire et n'entre pas dans l'avarie commune.

3 - Il faut veiller à maintenir les conséquences des particularismes;. Par exemple, en matière d'assistance, il faut accepter de maintenir la contrepartie de l'aléa, c'est-à-dire être conscient de la nécessité d'octroyer des rémunérations d'assistance élevées qui tiennent compte de ce que parfois l'assistant n'est aucunement rémunéré. Sans compter que l'on entre dans la quadrature du cercle : les progrès diminuent le besoin d'assistance.

4 - Inversement, il convient de maintenir ces particularismes dans de justes limites;. Ces limites sont celles de leur domaine d'application et celles des montants octroyés aux victimes. Ce qui a été fait en matière de pollution par les hydrocarbures montre que cela est possible.

Les plafonds d'indemnisation sont loin d'être insignifiants :

- 14 M de DTS ou 210 M de Francs Poincaré pour le propriétaire du navire (1 DTS = 7,6 FF le 15 mars 1995);
- 30 M de DTS ou 450 M de Francs Poincaré pour le fonds.

En outre, la profession s'est organisée pour répondre convenablement aux besoins d'indemnisation : le FIPOL joue un rôle remarquable, le Fonds lié au régime CRISTAL également. Il faut maintenir l'idée s'agissant du transport des HNS et organiser une même technique, ce qui est en train de se faire, avec cependant de notables tiraillements parmi les professions concernées. Or c'est probablement là qu'il faut réaffirmer la nécessaire solidarité des intérêts concernés.

La même pondération s'était effectuée en matière de faute nautique dont le concept avait progressivement éliminé ce qui relève des obligations essentielles de l'armateur, et notamment tout ce qui concernait la mise en état de navigabilité du navire.

5 - Il faut retrouver l'esprit du droit maritime ;; la mise en commun du risque dans le respect des intérêts légitimes de chacun.

6 - Il faut rester conscient de l'idée d'aventure; et non se refermer sur des droits acquis. Il faut, en contrepartie, accepter de confronter le droit maritime aux particularismes des autres branches du droit et ouvrir des voies nouvelles de protection. Les efforts faits en matière de sécurité maritime montrent que l'idée est reçue.

Notamment la force de contrôle octroyée aux Etats côtiers et à l'Etat du port manifeste à la fois la prise en considération des lacunes existantes (Pavillons de complaisance) et la volonté commune (Memorandum Of Understanding) de lutter contre ce fléau.

## CONCLUSION

- Le droit maritime apparaît être aujourd'hui le droit des contradictions. Il ne peut en être autrement car, par son objet, qui tient essentiellement aux lieux où s'exercent les activités qui justifient la réglementation, il demeure étrange.

Ainsi, et c'est notre 1ère conclusion, le droit maritime doit-il rester le droit de la coopération des individus et des Etats. A chacun de tenir la place éminente qui lui revient pour que la règle prise dans la conscience du particularisme qui la sous-tend soit juste et justement appliquée. Il a été dit que la guerre est une chose trop sérieuse pour la confier aux militaires. Paraphrasant cette idée, disons que le droit maritime est trop particulariste pour le laisser au jugement commun.

Alors, et cela est notre seconde conclusion, il ne semble pas que ce soit du fait des institutions du droit maritime que naissent les injustices et, par suite, les institutions clés du droit maritime ne paraissent pas devoir être jetées aux orties. Les injustices, ou le sentiment d'injustice qu'éprouvent les terriens que nous sommes tous partiellement (la dualité de l'homme est confirmée), proviennent plutôt des débordements des opérateurs de la vie maritime : armateurs qui laissent naviguer des navires indignes et chargeurs qui ne sont nullement gênés de payer des taux de fret qui ne correspondent pas au service rendu.

Or, face à ces situations, le juriste n'est pas désarmé car une maxime est susceptible de trancher en fin de compte contre les débordements outranciers : comme la statue du commandeur, le juge peut toujours dire *fraus omnia corrumpit*.

Au total, le droit maritime doit éviter deux écueils : la fraude à la loi et l'ignorance de sa spécificité.