

Université Panthéon-Assas

École doctorale de droit international, droit européen,
relations internationales et droit comparé

Thèse de doctorat en Droit
soutenue le 26 mai 2014

Thèse de Doctorat en droit / mai 2014

La convention d'arbitrage dans le contrat de transport maritime de marchandises : étude comparée des droits français, hellénique et anglais



Université Panthéon-Assas

Marina PAPADATOU

Sous la direction du Professeur Charles JARROSSON

Membres du jury :

Olivier CACHARD, Professeur à l'Université de Lorraine

Philippe DELEBECQUE, Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

Charles JARROSSON, Professeur à l'Université Paris II, Panthéon-Assas

Cécile LEGROS, Professeur à l'Université de Rouen, *Rapporteur*

Jean-Baptiste RACINE, Professeur à l'Université de Nice, Sophia Antipolis, *Rapporteur*

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à faire part de ma profonde reconnaissance à Monsieur le Professeur Charles JARROSSON, qui m'a accueillie et accompagnée académiquement à l'Université Paris II dès mon année d'études au sein du Master 2 de Contentieux, Arbitrage et Modes alternatifs de règlement des conflits, et tout au long de mon travail doctoral. Sa bienveillance, sa disponibilité et ses conseils avisés m'ont toujours été d'un précieux soutien.

Toute ma reconnaissance et ma gratitude vont à Me Philippe LEBOULANGER qui a bien voulu mettre sa bibliothèque et son cabinet à ma disposition pour m'offrir un meilleur cadre de travail. Son soutien et son encouragement m'ont permis de terminer cette thèse dans les meilleures conditions.

Je tiens aussi à exprimer ma gratitude à tous ceux qui, par leurs patientes relectures, ont contribué à la réalisation de ce travail. Mes proches et mes amis ont su, de près ou de loin, rendre mon parcours de doctorante beaucoup moins solitaire.

Qu'il me soit permis d'adresser mes remerciements les plus profonds à Jade KOBEISSI. Aucun mot ne saurait traduire à sa juste valeur son incomparable soutien.

La réalisation de cette thèse a été rendue possible grâce au financement octroyé par la Fondation Nationale des Bourses d'études de la République Hellénique (I.K.Y).

Résumé :

Cette étude porte sur la question de l'efficacité de la convention d'arbitrage à l'égard des opérateurs du transport maritime de marchandises. Dans un premier temps, la question qui se pose est celle de la détermination du droit applicable à l'efficacité de ladite clause. A cet égard, notre attention se concentre sur l'interprétation et l'application des principes propres à l'arbitrage international par la jurisprudence maritime. L'examen des clauses d'arbitrage insérées dans un contrat de transport maritime ne saurait échapper aux spécificités du droit de transport maritime ainsi qu'aux dispositions des conventions maritimes internationales. Par ailleurs, l'approche du sujet par la méthode comparative nous permettra de découvrir, à travers les solutions concrètes finalement retenues dans les trois systèmes juridiques en question, que l'effet juridique de la clause compromissoire est directement lié à la position contractuelle de ces opérateurs. Parmi les personnes impliquées dans le transport maritime, le destinataire des marchandises nous intéresse plus particulièrement. Ce dernier n'étant pas présent, en effet, au moment de la formation du contrat, les conditions de son engagement par une clause compromissoire insérée, presque toujours « par référence » dans le titre de transport, font l'objet d'un vif débat doctrinal et jurisprudentiel.

Descripteurs : Convention d'arbitrage – Contrat de transport maritime de marchandises – Connaissance de charte-partie – Destinataire de marchandises – Incorporation de convention d'arbitrage par référence – Efficacité de la convention d'arbitrage – Formalisme – Consensualisme – Droit comparé – France, Grèce, Royaume Uni.

Title and Abstract:

ARBITRATION AGREEMENT IN CONTRACTS OF CARRIAGE OF GOODS BY SEA: A COMPARATIVE STUDY OF FRENCH, GREEK AND ENGLISH LAW

This study is primarily focused on the enforceability of arbitration agreements incorporated in contracts of carriage of goods by sea. First, we will cover the important issue of determining the law applicable to these arbitration agreements. Special attention will be given to how courts tend to implement general international arbitration principles to maritime disputes. An arbitration agreement incorporated in a contract of carriage of goods by sea should also be analyzed in light of the specificities of maritime transport law and applicable international shipping conventions. Moreover, the comparative methodology used herein will show that the enforceability of arbitration agreements is closely related to the qualification of the operators involved in the contract. In particular, among the commercial players involved in the carriage of the goods, we sought to examine the legal position of the consignee of the goods. Indeed, since the consignee is absent at the moment of the contract formation, the binding effect thereupon of the arbitration agreement, which is generally incorporated “by reference” to the bill of lading, is highly debated by scholars and judges.

Keywords : Arbitration agreement – Contract of carriage of goods by sea – Bill of lading under Charter-Party – Cargo receiver – Incorporation of arbitration agreement by reference – Effect of arbitration agreement – Formal requirements – Consent – Comparative Law – France, Greece, United Kingdom.

Principales Abréviations

En langues française, anglaise et latine

A.A.	Arbitration Act
A.C.	Law reports: Appeal Cases
A. J.	Actualité Jurisprudentielle (Recueil Dalloz)
Al. (al.)	Alinéa
All E.R.	All England Law Reports
All E.R. (comm.)	All England Law Reports Commercial cases
Am. U. Int'l L. Rev.	American University International Law
ADRLJ	The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal
Arb. Int'l	Arbitration International
Arb. L. M.	Arbitration Law Monthly
Art. (art.)	Article
ASA Bull.	Bulletin de l'Association suisse de l'Arbitrage
ass.	Assemblée
BT	Bulletin des Transports
BTL	Bulletin des Transports et de la Logistique
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la cour de Cassation (chambres civiles)
Bull. ICC	The ICC International Court of Arbitration bulletin
C. civ.	Code civil
CA	Court of appeal
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. 1 ^{ère} civ.	Première Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
CCI	Chambre du commerce internationale

CDMP	Code du droit maritime privé (grec)
Cf. (cf.)	Confer
CGSA	Carriage of Goods by Sea Act
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CLC	Commercial Law Cases
CNUCED	Commission des Nations unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit du commerce international (Voir UNCITRAL)
Co.	Cooperation
CPC	Code de procédure civile
CPD	Law Reports: Common pleas Division
D.	Dalloz
Dir.	Sous la direction
Dis. Res. J.	Dispute Resolution Journal
DMF	Droit maritime français
Dr. eur. transp.	Droit européen des transports
Ed.	Editeur
EJCCL	European Journal of Commercial Contract Law
et al.	et alii
EurTrL	European Transport Law
EWCA Civ.	English & Wales Court of Appeal, Civil Division
EWHC	English & Wales High Court
FOB	Franco-bord (Free on Board)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HL	House of Lords
Ibid.	Ibidem
ICC	International Chamber of Commerce
Id.	Idem (pour indiquer le même auteur)
Incoterms	International commercial terms
I.R.	Informations Rapides (Recueil Dalloz)
JBL	Journal of Business Law

JCP G	Juris-classeur périodique (édition générale)
JCP E	Juris-classeur périodique (édition entreprise)
JDI (Clunet)	Journal de droit international
J. Int'l. Arb.	Journal of International Arbitration
J.I.T.L.& P.	Journal of International Trade Law & Policy
JMLC	Journal of Maritime Law and Commerce
K.B.	Law reports: King's Bench Division
KBD	King's Bench Division
Leb. Rev. A.	The Lebanese Review of Arbitration
Lloyd's L.R.	Lloyd's Law Review
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
L.M.L.N.	Lloyd's Maritime Law Newsletter
LMCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
LPA	Les Petites Affiches
Ltd	Limited
MLR	Maritime Law Review
NCPC	Nouveau code de procédure civile
op. cit.	opere citato
Panor.	Panorama (Recueil Dalloz)
pl.	Assemblée plénière (Cour de cassation)
Q.B.	Law reports: Queen's Bench Division
QBD	Queen's Bench Division
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDC	Revue des contrats
RD transp.	Revue de droit des transports
Rec. des cours	Recueil des cours
Réf. (réf.)	Référence
Rép. comm.	Répertoire commercial Dalloz
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. Lamy Com.	Revue Lamy commercial
Riv. dir. int. civ. e proc.	Rivista du diritto internazionale civile e

	processuale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RHDI	Revue hellénique du droit international
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Sirey (recueil)
Scapel-R.D.C.M.T.	Scapel – Revue de droit commercial, maritime, aérien et des transports
s.n.	sine nomine (pour l'absence du nom de l'éditeur)
Somm.	Sommaires commentés (Recueil Dalloz)
T. (t.)	T(t)ome
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
Travaux du comité D.I.P.	Travaux du comité de droit international privé
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
Tul. Mar. L. J.	Tulane Maritime Law Journal
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (V. CNUDCI)
v	Versus
V. (v.)	V(v)oir
Vol. (vol.)	V(v)olume
WL	WestLaw
W.L.R.	Weekly Law Reports
Y.B. Comm. Arb.	YearBook Commercial Arbitration

En langue grecque :

Ελλ.Δνη	Ελληνική Δικαιοσύνη [Justice hellénique]
Ε.Εμπ.Δ.	Επιθεώρηση Εμπορικού δικαίου [Revue du

	droit commercial]
Ε.Ν.Δ.	Επιθεώρηση Ναυτικού Δικαίου [Revue du droit maritime]
ΕΕΝ	Εφημερίς Ελλήνων Νομικών [Journal des juristes hellènes]
Επισκ.Ε.Δ.	Επισκόπηση Εμπορικού Δικαίου [Digeste du droit commercial]
ΔΕΕ	Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών [Droit des entreprises et des sociétés]
Ναυτ.Δ.	Ναυτική Δικαιοσύνη [Justice maritime]
Νομ.Β.	Νομικό Βήμα [Tribune juridique]
Πειρ. Νομ.	Πειραϊκή Νομολογία [Jurisprudence du Pirée]

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE : LE DROIT APPLICABLE À LA CONVENTION D'ARBITRAGE DU CONTRAT DE TRANSPORT MARITIME DE MARCHANDISES

Titre I. L'influence du rattachement matériel de la convention d'arbitrage au contrat de transport maritime de marchandises

Chapitre I. La convention d'arbitrage insérée dans un contrat de transport maritime
de marchandises

Chapitre II. Les opérateurs du transport maritime de marchandises susceptibles
d'être liés par la convention d'arbitrage

Titre II. L'autonomie juridique de la convention d'arbitrage par rapport au contrat de transport maritime de marchandises

Chapitre I. La détermination des normes applicables à la convention d'arbitrage du
contrat de transport maritime de marchandises

Chapitre II. La méthode d'application des normes internationales à la convention
d'arbitrage du contrat de transport maritime de marchandises

DEUXIÈME PARTIE : L'EFFICACITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE DU CONTRAT DE TRANSPORT MARITIME DE MARCHANDISES

Titre I. L'efficacité de la convention d'arbitrage au regard des exigences de forme : le formalisme

Chapitre I. Les conditions de forme de la convention d'arbitrage du contrat de
transport maritime de marchandises

Chapitre II. L'efficacité de la convention d'arbitrage « par référence » dans le
contrat de transport maritime de marchandises

Titre II : L'efficacité de la convention d'arbitrage au regard de l'existence du consentement : le consensualisme

Chapitre I. Le consensualisme en matière d'arbitrage international en droit français

Chapitre II. Le consensualisme en arbitrage maritime : le consentement du
destinataire en droit français

Table des matières

Thèse de Doctorat en droit / mai 2014 _____	i
Sommaire _____	xv
Table des matières _____	xvii
Introduction _____	1
Première Partie. Le droit applicable à la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime de marchandises _____	19
Titre I. L'influence du rattachement matériel de la convention d'arbitrage au contrat de transport maritime de marchandises _____	21
Chapitre I. La convention d'arbitrage insérée dans un contrat de transport maritime de marchandises _____	23
Section I. La convention d'arbitrage figurant dans un titre de transport maritime _____	23
§1. Le cadre juridique de l'acheminement des marchandises par voie maritime _____	23
A. Les textes régissant le droit matériel du transport maritime de marchandises _____	25
i. Les instruments internationaux _____	25
ii. Les textes législatifs _____	28
B. Les caractéristiques du contrat de transport maritime de marchandises : Comparaison avec le contrat d'affrètement _____	31
§2. Les titres émis à l'occasion d'un transport maritime de marchandises _____	36
A. Les caractéristiques principales des titres de transport maritime de marchandises _____	36
B. Les catégories de titres de transport maritime de marchandises _____	39
i. Les titres de transport négociables _____	40
ii. Les titres de transport non négociables _____	44
Section II. La convention d'arbitrage circulant avec le titre de transport maritime de marchandises _____	46
§1. L'incorporation directe ou indirecte de la clause compromissoire sur le titre de transport _____	46

§2. L'influence de la « négociabilité » du titre du transport maritime sur la circulation de la clause compromissoire _____	52
A. La circulation du titre de transport _____	52
B. La circulation de la clause compromissoire _____	56
Conclusion du Chapitre I _____	59
Chapitre II. Les opérateurs du transport maritime de marchandises susceptibles d'être liés par la convention d'arbitrage _____	61
Section I. Les parties au contrat de transport maritime de marchandises _____	62
§1. Les parties ab initio au contrat de transport maritime de marchandises _____	62
A. Le chargeur et le transporteur _____	62
i. L'identification des opérateurs initiaux _____	62
ii. L'adhésion du chargeur au contrat du transporteur _____	65
B. Le destinataire-partie ab initio _____	67
i. Le cumul des qualités : le « destinataire-chargeur » _____	67
ii. Le destinataire représenté _____	69
§2. Le destinataire : partie adhérente au contrat de transport maritime du droit français _____	71
A. Le rôle du destinataire dans le contrat _____	71
B. La théorie du contrat « tripartite » _____	74
Section II : Les tiers au contrat de transport maritime de marchandises _____	79
§1. Le destinataire : tiers au contrat de transport maritime de marchandises _____	80
A. La doctrine de la cession des droits contractuels au destinataire-tiers : le droit anglais _____	80
B. La doctrine de la stipulation pour autrui : le droit hellénique _____	85
§2. Les assureurs facultés du transport maritime _____	87
Conclusion du Chapitre II _____	90
Conclusion du Titre I _____	91
Titre II. L'autonomie juridique de la convention d'arbitrage par rapport au contrat de transport maritime de marchandises _____	93
Chapitre I. La détermination des normes applicables à la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime de marchandises _____	95
Section I. Le principe d'autonomie en matière d'arbitrage maritime _____	95
§1. La consécration du principe d'autonomie _____	96
§2. La portée du principe d'autonomie _____	103
Section II. La méthode de détermination des normes applicables à la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime de marchandises _____	110
§1. La méthode des règles de conflit _____	113

A.	La règle de conflit de la Convention de New York _____	113
B.	La règle de conflit de la Convention de New York applicable par les juges grecs et anglais _____	117
§2.	La méthode des règles matérielles du juge français _____	120
§3.	L'étendue du pouvoir du juge étatique lors d'un contrôle préalable de la convention d'arbitrage _____	123
A.	La solution adoptée en matière d'arbitrage international _____	123
i.	Les juges grec et anglais _____	125
ii.	Le juge français _____	126
B.	Le juge français en matière d'arbitrage maritime _____	128
i.	Les objections doctrinales _____	129
ii.	L'appréciation critique de la doctrine hostile à l'effet négatif du principe compétence-compétence en matière de transport maritime de marchandises _____	133
Conclusion du Chapitre I _____		137
Chapitre II. La méthode d'application des normes internationales à la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime de marchandises _____		139
Section I. L'articulation des normes d'un point de vue méthodologique _____		139
§1. L'articulation avec les Règles de Hambourg _____		139
A.	La loi choisie pour régir la clause compromissoire _____	141
i.	La méthode conflictuelle _____	141
ii.	La méthode matérielle _____	143
B.	La loi choisie pour régir le contrat principal _____	144
i.	La méthode conflictuelle _____	145
ii.	La méthode matérielle _____	147
§2. L'articulation avec les Règles de Rotterdam _____		148
Section II. La compatibilité des normes d'un point de vue substantiel _____		154
§1. Les restrictions du siège et du droit applicable au litige _____		155
A.	Les solutions proposées _____	155
i.	Le choix du siège _____	155
ii.	Le choix du droit applicable _____	159
B.	L'opportunité des solutions proposées _____	160
§2. Les conditions formelles applicables à la convention d'arbitrage _____		165
A.	Les solutions proposées _____	165
B.	L'opportunité des solutions proposées _____	169
Conclusion du Titre II _____		171
Conclusion de la Première Partie _____		172

Deuxième Partie : L'efficacité de la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime de marchandises _____ 173

Titre I. L'efficacité de la convention d'arbitrage au regard des exigences de forme : le formalisme _____ 175

Chapitre I. Les conditions de forme de la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime de marchandises _____ 177

Section I. Les exigences formelles _____ 177

§1. Le formalisme imposé par les instruments internationaux _____ 179

§2. Le formalisme imposé par les législations nationales _____ 184

Section II. L'application des conditions de forme à la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime _____ 188

§1. Le formalisme des titres de transport « papier » : la signature du connaissement _____ 189

§2. Le formalisme du connaissement « électronique » _____ 195

Conclusion du Chapitre I _____ 203

Chapitre II. L'efficacité de la convention d'arbitrage « par référence » dans le contrat de transport maritime de marchandises _____ 205

Section I. La validité de la convention d'arbitrage par référence au contrat de transport maritime de marchandises _____ 205

§1. Les conditions de forme de la convention d'arbitrage par référence _____ 205

A. Les textes juridiques _____ 206

B. Le caractère général ou spécifique de la « référence » _____ 210

§2. L'application des conditions de validité de la clause compromissoire par référence dans le contrat de transport maritime de marchandises _____ 211

A. Le chargeur engagé par une clause figurant au verso du document _____ 211

B. Le chargeur engagé par une clause figurant aux conditions générales - « Single contract scenario » _____ 214

C. L'échange des documents propres au transport maritime de marchandises _____ 216

Section II. L'engagement du destinataire au contrat de transport maritime par la convention d'arbitrage par référence _____ 217

§1. L'opposabilité de la clause au destinataire-tiers _____ 219

A. L'exigence d'une « référence spécifique » _____ 219

i. La jurisprudence anglaise _____ 220

ii. La jurisprudence grecque _____ 227

B. Vers un assouplissement de l'exigence de la référence spécifique _____ 230

i. Les cas isolés admettant l'incorporation par une référence générale _____ 230

ii. La prise en considération des « indices » autres que la nature spécifique de la référence _____ 233

§2. L'engagement du destinataire-partie au contrat de transport maritime : l'hypothèse d'un dépeçage du contrat _____	240
Conclusion du Chapitre II _____	243
Conclusion du Titre I _____	244
Titre II : L'efficacité de la convention d'arbitrage au regard de l'existence du consentement : le consensualisme _____	245
Chapitre I. Le consensualisme en matière d'arbitrage international en droit français _____	247
Section I. La consécration du principe du consensualisme _____	247
§1. L'évolution jurisprudentielle vers le principe du consensualisme _____	247
§2. L'affinement du principe du consensualisme _____	251
Section II. Le contenu de la condition du « consentement » des parties _____	257
§1. La preuve de la « connaissance » _____	258
§2. La preuve de l'« acceptation » _____	259
Chapitre II. Le consensualisme en arbitrage maritime : le consentement du destinataire en droit français _____	263
Section I. Le consentement du destinataire-partie au contrat _____	265
§1. La condition d'une acceptation « spéciale » _____	266
A. La doctrine de l'« adhésion sélective » du destinataire au contrat de transport maritime de marchandises _____	266
i. La dissociation des consentements du destinataire et du chargeur _____	266
ii. L'adhésion « sélective » du destinataire et l'acceptation « spéciale » de la convention d'arbitrage _____	272
B. L'opportunité de la solution jurisprudentielle _____	275
i. L'adhésion « globale » du destinataire et la nature juridique de la convention d'arbitrage _____	276
ii. Les conditions de l'incorporation issues des règles de l'arbitrage international _____	280
§2. La suffisance d'une acceptation « tacite » _____	285
A. L'harmonisation de la jurisprudence française _____	285
B. Les limites de l'harmonisation jurisprudentielle _____	289
§3. Les sentences rendues au sein de la Chambre arbitrale maritime de Paris _____	292
Section II. Le consentement du destinataire-tiers au contrat: l'hypothèse d'un dépeçage du contrat _____	297
§1. La transmission automatique de la clause compromissoire au destinataire-cessionnaire des droits contractuels du chargeur _____	297
§2. La transmission automatique de la clause compromissoire au destinataire-bénéficiaire de la stipulation faite entre le chargeur et le transporteur _____	300
Conclusion du Titre II _____	302

Conclusion de la Deuxième Partie _____	303
Conclusion générale _____	305
Bibliographie _____	309
Annexe 1. « Connaissance de ligne régulière CMA CGM » _____	345
Annexe 2. « Connaissance Congenbill 2007 » _____	347
Annexe 3. « Connaissance Scanconbill 1993» _____	349
Annexe 4. « Règles de Hambourg » (Article 22) _____	351
Annexe 5. « Règles de Rotterdam » (Articles 75 à 78) _____	353
Index Analytique _____	355

Introduction

1. – **Le particularisme des contrats maritimes.** Pilier du commerce international, le transport maritime est un de s principaux moteurs de la mondialisation. Selon les rapports annuels de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED), on estime que 80 % des échanges mondiaux en volume et plus de 70 % en valeur sont transportés par mer¹. L'importance stratégique du transport maritime et son rôle dans l'augmentation de la compétitivité des échanges commerciaux sont manifestes. Considéré comme « une activité d'intérêt général »², le transport maritime des marchandises contribue incontestablement à l'économie, tant nationale qu'internationale.

La croissance exponentielle du trafic maritime, résultat de plusieurs années d'activité commerciale dans le secteur maritime, s'inscrit dans une forte tradition d'exploitation des ressources maritimes. L'intérêt économique de cette activité constitue l'une des raisons principales qui justifient le « traitement particulier » qui lui est réservé par le droit commercial, l'autre raison tenant, sans doute, aux risques liés à cette activité commerciale exercée dans l'hydrosphère, ce qu'on appelle, communément, les « risques de la mer ». Dans ce cadre, une expertise maritimiste s'est développée, d'une part, afin de prévenir ces dangers liés à l'exploitation de la mer et, d'autre part, afin d'assurer la continuité des intérêts économiques. Des professionnels spécialisés, tant au niveau technique qu'au niveau juridique, se sont regroupés, créant ainsi un monde distinct qui obéit à une logique propre à l'industrie maritime et aux lois que la mer impose³.

¹ « Etude sur les transports maritimes 2012 », UNCTAD/RMT/2012, Publications des Nations Unies, ISSN 0252-5429, « Review of maritime transport 2013 », UNCTAD/RMT/2013, United Nations Publication, ISSN 0566-7682. V. aussi Th. BODEL, « Marchés maritimes – Bilan de l'année 2013 », *Gazette de la Chambre*, n° 33, Hiver 2013/2014, p. 5.

² P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 7, § 5.

³ G. RIPERT, *Droit maritime*, T. I, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1950, p. 1 et 2, où l'auteur souligne que le droit maritime régit les rapports juridiques dont « la mer est le théâtre ou le commerce maritime l'objet ». Le droit maritime contient diverses règles relatives à « la propriété et l'exploitation des navires, le sort et le traitement de l'équipage, l'administration du port ou de la ville » ainsi qu'au « commerce par mer ». Il convient de distinguer les litiges du droit de la mer, domaine qui fait partie du

2. – Le « particularisme » du droit maritime, soutenu autrefois avec force par les spécialistes du droit maritime⁴, les « maritimistes », est clairement révélé dans la définition même du droit maritime, considéré comme « l'ensemble des règles juridiques spécifiques directement applicables aux activités que la mer détermine »⁵. La *lex maritima* constitue une branche du droit commercial spécifique, riche, dotée d'une réglementation internationale propre ainsi que des règles matérielles issues de la pratique maritime⁶. Les normes adoptées visent à satisfaire les exigences liées au commerce maritime. Un des exemples typiques de cette spécificité reste la « limitation de responsabilité » de l'armateur^{7, 8}. C'est parce que cet entrepreneur

droit international public (à titre d'exemple, v. la Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 portant sur la nature juridique et le régime des espaces marins, le rôle des États sur mer, la protection de l'environnement marin, etc.). V. A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαίτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυπλιακές συναλλαγές [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 40 délimitant les litiges du droit maritime, J.P. BEURIER (Dir.), *Droits maritimes*, Paris, Dalloz, 2008, p. 61 et suiv., M. REMOND-GOUILLOUD, *Droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, Ed. Pédone, 1993, p. 19 (21 et suiv.), A. MONTAS, *Droit maritime*, Paris, Vuibert, 2012.

⁴ J.-M. PARDESSUS, *Plan d'une collection des lois maritimes anciennes*, 1824, Paris, L'imprimerie royale, p. 1, A. DESJARDINS, *Introduction historique à l'étude du droit commercial maritime*, Paris, Durant et Pedone Lauriel Ed., 1890.

⁵ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 1, § 1, Ph. DELEBECQUE, « Le particularisme des contrats maritimes », in *Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 127 (131, 133) où selon l'auteur, les contrats maritimes sont les contrats dont l'objet de leur prestation est lié soit au navire soit à la cargaison. Une forte spécificité caractérise les « droits maritimes », (constitués par le droit international de la mer, le droit maritime commercial, le droit du navire, le droit social des gens de mer, le droit du littoral, le droit des ports, le droit des pêches maritimes, le droit de l'aquaculture, la protection de l'environnement marin, etc.). À cet égard, v. J.P. BEURIER (Dir.), *Droits maritimes*, Paris,

Dalloz, 2008, R. RODIERE, E. DU PONTAVICE, *Droit maritime*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, Précis, 1997, p. 1 « *Le droit maritime est, au sens large, l'ensemble des règles juridiques relatives à la navigation qui se fait sur la mer. Ce n'est pas la nature des règles qui détermine l'étendue de cette discipline juridique, mais leur objet.* »

⁶ Ph. DELEBECQUE, « Droit du commerce international et droit maritime », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet, Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 171 (174), O. CACHARD, « Maritime arbitration under the ICC Rules of Arbitration », *Bull. ICC* 2011, vol. 22, n° 1, p. 31 (32, I), W. TETLEY, « The general maritime law – The lex maritima », *Syracuse Journal of international law and commerce* 1994, n° 20, p. 105. V. aussi P. SIMON, « La Philosophie de l'arbitrage maritime », *DMF* 1990, p. 448 (450), où l'auteur considère l'arbitre comme un « gardien de l'éthique du commerce maritime », A. FALL, « Defence and Illustration of Lex Mercatoria in maritime arbitration – The Case Study of "Extra-Contractual Detention" in Voyage Charter-Party Disputes », *J. Int'l Arb.* 1998, vol. 15, n° 1, p. 83 (84).

⁷ Contrairement à l'entrepreneur du droit commun, l'armateur a toujours pu limiter sa responsabilité à l'égard des tiers subissant un dommage à la suite d'une faute du capitaine ou d'un marin, chacun des deux étant préposés de l'armateur. Autrefois, cette pratique distinguait le régime du transport maritime, des autres types de transport (Décret du 23 mars 1967, n° 67-268 portant fixation des limites de responsabilité du transporteur maritime). Même si cette faculté n'est plus absolue pour l'armateur, l'engagement de sa responsabilité reste disproportionnel par rapport aux dommages éventuellement causés aux tiers. À cet égard, v. la Convention de Londres sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes, du 19 novembre 1976, ainsi que le Protocole du 2 mai 1996 adoptant la pratique de la constitution d'un fonds proportionnel au tonnage du navire en vue d'indemnisation des victimes, indépendamment de la valeur réelle du dommage. À cet égard P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 4, § 3.

⁸ Dans l'histoire du droit des contrats de transport maritime, la protection excessive de l'entrepreneur maritime fut la raison principale pour laquelle les pays traditionnellement commerçants ont exigé la protection de leurs commerçants, à savoir des chargeurs et des réceptionnaires des marchandises. La première convention véritablement internationale adoptée à cet égard fut la Convention du 25 août 1924, pour « L'unification de certaines règles en matière de connaissance », connue aussi comme les Règles de la Haye, suivies par les Règles de Hambourg, autrement la « Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer » de 1978, et très récemment par les Règles de Rotterdam, à savoir la « Convention des

affronte les risques de la mer et que son activité est d'intérêt général qu'un traitement allégé lui est accordé lors d'un transport maritime⁹.

Parallèlement, l'organisation de la justice étatique a su répondre à cette exigence de spécialisation et prévoir la formation de chambres dans les cours étatiques, dédiées exclusivement à la résolution des litiges issus du droit maritime. Bien qu'il s'agisse d'un aspect du droit du commerce (international et national), les litiges issus des contrats maritimes sont *a priori* tranchés par des juges spécialisés en matière maritime. Cette organisation de la justice étatique ne nous surprend guère dans les pays traditionnellement maritimes¹⁰.

3. – Approfondir la question du particularisme du droit maritime dépasserait le cadre de notre étude. Il convient, toutefois, de faire deux observations. D'une part, la dialectique entre le droit maritime et la théorie générale des obligations et des contrats atteste que le droit maritime n'est pas autonome¹¹. Cette particularité, sans doute afférente à l'objet du contrat maritime, ne semble pas constituer un élément suffisant pour écarter l'application du droit commun aux contrats maritimes, qui relèvent, par ailleurs, des « catégories traditionnelles des contrats à titre onéreux, synallagmatiques et consensuels »¹².

Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer », adoptée en 2008 mais pas encore entrée en vigueur. V. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre I.

⁹ Ph. DELEBECQUE, « Le particularisme des contrats maritimes », in *Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 127 (131). La limitation de la responsabilité de l'entrepreneur maritime n'est pas transposée au transport terrestre, lorsque les raisons qui la justifient ne s'appliquent pas.

¹⁰ L'article 51 de la loi grecque 2172/1993 a prévu la création de chambres maritimes au sein du Tribunal de grande instance ainsi que de la Cour d'appel du Pirée, dédiées à la résolution des litiges en matière maritime. Par ailleurs, au Royaume Uni, l'*Admiralty Court*, compétente pour les affaires relatives au droit maritime a été substituée, en 19^e siècle, par le *Commercial Court* rassemblant des juges jouissant d'une grande expérience en matière commerciale. À cet égard, S. KOUSSOULIS, « Το πλαίσιο της διεθνούς εμπορικής ναυτικής διαιτησίας στην Ελλάδα », [« Le cadre de l'arbitrage commercial maritime international en Grèce »], *Περ. Νομ.* 2005, t. 27/2, p. 133, R. FINCH, « London : Still the cornerstone of international commercial arbitration and commercial law ? », *Arbitration* 2004, vol. 70, n° 4, p. 256 (258), B. HARRIS, « London Maritime Arbitration », *Arbitration* 2011, n. 77, p. 116 (118), O. CACHARD, « Maritime arbitration under the ICC Rules of Arbitration », *Bull. ICC* 2011, vol. 22, n° 1, p. 31 (32, I). En France, il n'existe pas de chambres spécifiques au sein des tribunaux étatiques, consacrées à trancher exclusivement les litiges commerciaux issus du droit maritime. Le « Tribunal maritime » ou « Tribunal maritime et commercial » est une juridiction spéciale, compétente pour juger certaines infractions maritimes commises à bord de navires sous pavillon français ou à bord de navires étrangers se trouvant dans les eaux territoriales ou intérieures françaises. Les types de délits et contraventions sont prévus par le Code Disciplinaire et pénal de la marine marchande. Il s'agit, notamment, des règlements relatifs à la police des eaux et des rades, de la navigation maritime, des règles de circulation maritime ou encore des distances minimales de passage des côtes.

¹¹ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 8, § 6.

¹² Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 128.

D'autre part, à l'heure actuelle, l'essor technologique ne laisse pas le transporteur seul sur son navire, face aux « dangers de la mer », mais, au contraire, lui permet d'être à l'abri de l'isolement qui prévalait autrefois. Ainsi, on constate un affaiblissement progressif des risques encourus, notamment grâce aux moyens de télécommunication, au perfectionnement des navires et au développement de la « conteneurisation »¹³.

4. – Toutefois, les maritimes ne sont pas prêts à abandonner, sans contestation, l'idée d'un certain particularisme, tout en acceptant pour autant ses limites. Bien que le transport des marchandises par mer soit plus sécurisé qu'autrefois, il demeure cependant exposé à d'autres dangers liés notamment à la gravité des accidents survenus lors du déplacement par mer d'un navire de grande dimension, transportant une importante quantité de produits, souvent dangereux¹⁴. Les risques du transporteur face aux dangers de la mer ne semblent pas être complètement écartés et, pour les spécialistes, la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur maritime s'avère toujours nécessaire. Cependant, conscients du besoin de tempérer ce régime protectionniste, parfois excessif, pour les intérêts du transporteur, les maritimes reconnaissent le besoin de préserver également les intérêts de la cargaison.

Retrouver un nouvel équilibre entre les intérêts commerciaux opposant les opérateurs maritimes est devenu l'objectif principal de la réglementation actuelle du droit du commerce maritime. La protection du transporteur et de son rôle névralgique dans l'économie mondiale, face aux dangers de la mer, ne doit pas nuire, sans limite, aux droits des commerçants qui souhaitent utiliser ce service de transport. Bien que l'objectif de la réglementation nationale et internationale ait été réorienté dans une autre direction, l'idée du « particularisme » n'est pas abandonnée. Vu sous un angle différent, en raison toujours du pragmatisme commercial et de l'environnement hostile de cette activité, le « particularisme » du droit maritime influe sur les règles applicables au transport maritime des marchandises.

¹³ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 8, § 7.

¹⁴ Plusieurs accidents maritimes ont marqué l'histoire de la mer tout comme le droit maritime ces dernières années, malgré l'évolution technologique constatée. À titre d'exemple, le naufrage du navire *Erika*, le 13 décembre 1999, a donné naissance à une réglementation européenne complexe pour la prévention des accidents de pétrolier (Paquet « Erika III »). Sur le particularisme du droit maritime, v. aussi R. RODIERE, E. DU PONTAVICE, *Droit maritime*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, Précis, 1997, p. 7.

5. – **Le particularisme de l'arbitrage maritime.** La question de la « spécificité de l'arbitrage maritime »¹⁵ est un corollaire à la question de la particularité du droit maritime. Depuis le 19^{ème} siècle, l'utilisation répandue de l'arbitrage comme mode alternatif de résolution des conflits s'est développée, notamment en Europe, mais aussi sur les continents américain et asiatique. L'expansion de l'arbitrage s'est fait sentir dans tous les domaines du commerce international. Toutefois, très rapidement, le monde maritime a éprouvé le besoin de se séparer des autres domaines commerciaux et d'organiser l'arbitrage de manière presque autonome, suivant le modèle de l'organisation du droit maritime dans la justice étatique.

Désormais, il reste à démarquer le « champ » de l'arbitrage maritime, tel qu'il se présente suite au rencontre du particularisme du droit maritime et de l'originalité de l'arbitrage commercial. Autrement dit, la spécificité présumée du droit maritime a-t-elle une influence sur l'arbitrage ? La pratique de l'arbitrage maritime est principalement exercée par les maritimistes qui tentent d'imposer l'existence d'une matière distincte de l'arbitrage du droit commun. Toutefois, cette particularité est contestée par les « arbitragistes », les spécialistes de l'arbitrage commercial international.

6. – Sans négliger l'existence et l'organisation des arbitrages *ad hoc*, il est clair que l'arbitrage maritime est notamment l'œuvre d'organismes spécialisés en droit maritime, qui possèdent leurs propres règles de procédure et parfois leurs propres listes d'arbitres¹⁶. Un aperçu des centres d'arbitrage maritime témoigne de l'ampleur de cette conception de particularisme ainsi que du besoin du monde maritime de s'adresser à des spécialistes du domaine¹⁷.

La caractéristique principale de ces centres d'arbitrage reste le recours à un service d'expertise, précieux en la matière car il met à la disposition des opérateurs maritimes

¹⁵ Ch. JARROSSON, « La spécificité de l'arbitrage maritime international », *Il diritto marittimo* 2004, fasc. II, p. 444.

¹⁶ Ph. DELEBECQUE, « L'arbitrage maritime international », in SOREL J.M. (dir), *Le droit économique à l'aube du XXI^e siècle, En hommage aux professeurs Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD*, Paris, Pedone, 2009, p. 167 (168), M. COLLETT QC, « Maritime arbitration », in LEW J. D. M. et al., *Arbitration in England*, Kluwer Law International, 2013, p. 145.

¹⁷ J. M. ALCANTARA, « An international panel of maritime arbitrators? » *J. Int'l Arb.* 1994, vol. 11, n° 4, p. 117.

un panel d'arbitres et d'hommes d'affaires maritimes, capables d'analyser et d'anticiper les exigences des litiges en droit maritime¹⁸. L'aspect positif d'une telle spécialisation ne fait aucun doute. Les avantages offerts par la mise au service du secteur maritime d'un ensemble de moyens qui lui sont propres, sont évidemment sa valeur ajoutée¹⁹. Le caractère fortement professionnel et « fermé » de l'arbitrage maritime, au point d'être considéré comme un milieu assez *conservateur*²⁰, met en exergue l'existence du « monde maritime »²¹.

7. – Toutefois, même si, de toute évidence, l'objet de l'arbitrage maritime est spécifique²², et malgré son caractère fortement institutionnalisé, aucune originalité ni particularisme n'est observé dans les principes applicables à cette institution. Sur un plan législatif, l'arbitrage maritime ne paraît guère autonome²³. L'arbitrage maritime fait partie de l'arbitrage commercial. Les règles nationales et internationales relatives à l'organisation et au déroulement de l'arbitrage commercial sont également applicables à l'arbitrage maritime. Les règlements publiés par les centres d'arbitrage spécialisés en droit maritime sont conformes au cadre réglementaire relatif à l'institution de l'arbitrage commercial dans un ordre juridique précis.

Ce cadre législatif ne permettrait pas le développement d'un système complètement différent et spécifique au domaine de l'arbitrage maritime. Ainsi, c'est au travers de cet angle que nous devrions examiner l'originalité des conventions internationales consacrées en matière de transport maritime de marchandises. Cette originalité

¹⁸ La pluralité des centres d'arbitrage maritime dans le monde ne cesse de nous étonner. En Europe, plusieurs centres sont aujourd'hui en activité dans les grandes capitales économiques : Londres (London Maritime Arbitrators Association), Paris (Chambre Arbitrale Maritime de Paris), Hambourg (German Maritime Arbitration Association), Rotterdam (Transport and Maritime Association), Pirée (Piraeus Association for Maritime Arbitration), mais également New York (Society of Maritime Arbitrators), Singapour, Pékin, New Delhi, etc.

¹⁹ J. M. ALCANTARA, "An international panel of maritime arbitrators?" *J. Int'l Arb.* 1994, vol. 11, n° 4, p. 117 (118-119). Il est important de mentionner l'organisation du Congrès International des Arbitres Maritimes organisé tous les deux ans, accueillant un nombre considérable d'arbitres maritimes qui se retrouvent afin d'échanger les dernières évolutions dans la matière.

²⁰ O. CACHARD, "Maritime arbitration under the ICC Rules of Arbitration", *Bull. ICC* 2011, vol. 22, n° 1, p. 31 (32, I) : où l'auteur nous rappelle la réputation de "boys' club" acquise par le milieu maritime.

²¹ Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, *Id.*, « L'arbitrage professionnel dans le domaine maritime », compte-rendu de la réunion du 5 novembre 2013, *Gazette de la Chambre*, n° 33, Hiver 2013/2014, p. 4. Aussi, M. MOON, "New Opportunities for Maritime Arbitration and Arbitrators", *Arbitration* 2004, vol. 70, n° 4, p. 274.

²² L'arbitrage maritime a pour objet le règlement d'un litige issu du droit maritime et notamment lié à l'exploitation d'un navire. V. B. HARRIS, "London maritime arbitration", *Arbitration* 2011, vol. 77, n° 1, p. 116. M. RICCOMAGNO, « The maritime arbitration: general characteristics and its specificity in the Mediterranean area », *Leb. Rev. A.* 2000, n° 13, p. 54, *ibid.*, *Maritime Arbitration*, *Arbitration* 2004, vol. 70, n° 4, p. 267. Pour une description détaillée de l'objet de l'arbitrage maritime, v. art. 1 du Règlement de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris.

²³ R. JAMBU-MERLIN, « L'arbitrage maritime », in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 401 (403).

consiste à adopter des dispositions se prononçant sur le recours à l'arbitrage lorsqu'un litige est soumis à leur champ d'application²⁴.

8. – En effet, choisir les arbitres parmi un panel d'experts maritimes, d'hommes d'affaires et de juristes maritimes ne signifie pas appliquer des normes différentes des principes généraux de l'arbitrage et des règles précisément prévues en la matière. Le droit substantiel (s'agissant notamment des conventions internationales) applicable au litige, les opérateurs de l'activité maritime ou même l'élément propre au droit maritime, à savoir le navire, ne soulèvent pas de questions particulières ou susceptibles d'altérer la nature, l'organisation, la procédure ou même le résultat de l'arbitrage en cours.

Dans ce contexte, nous considérons l'arbitrage maritime comme l'arbitrage qui vise à régler les litiges nés de l'exécution des contrats du droit maritime. Ainsi, considérant qu'il ne s'agit pas d'une matière distincte de l'arbitrage commercial, il est cependant envisageable de s'interroger sur la pratique précitée des conventions internationales consacrées au transport maritime. Il est difficile de nier que cette initiative consistant à insérer des dispositions relatives à l'exercice du droit de recourir à l'arbitrage, encourage la réflexion sur l'autonomie de l'arbitrage maritime et l'influence que certaines spécificités du droit maritime pourront éventuellement exercer sur l'organisation et le déroulement de l'arbitrage.

A partir du moment où le droit maritime, à travers les conventions internationales, soulève des questions susceptibles d'influencer l'application ou l'interprétation des principes régissant le déroulement de l'arbitrage, une étude approfondie de ces points se justifie pleinement. Ainsi, il convient de vérifier si le domaine maritime éprouve un besoin réel de soumettre la convention d'arbitrage à un régime « particulier ».

9. – **La convention d'arbitrage et le contrat de transport maritime.** L'étude de l'ensemble des contrats maritimes démontre que seul l'arbitrage des litiges issus des contrats de transport maritimes de marchandises soulève éventuellement une question

²⁴ Nonobstant les Règles de la Haye, les Règles de Hambourg ainsi que les Règles de Rotterdam furent les premières conventions internationales en matière de transport maritime à avoir adopté des dispositions d'ordre procédural, afin de régir

particulière²⁵. Ce particularisme se reflète notamment dans le champ *ratione personae* de la convention d'arbitrage, lié à la formation du contrat de transport maritime dans lequel elle est insérée. Plusieurs opérateurs participent à la réalisation de cette activité commerciale sans nécessairement être présents au moment de la conclusion du contrat. Par ailleurs, la portée de la clause compromissoire est fortement conditionnée à la *place* qui lui est réservée dans la documentation produite à l'occasion de la conclusion dudit contrat.

C'est dans ce cadre que la présente étude envisage d'approfondir la question de la convention d'arbitrage insérée dans un contrat de transport maritime des marchandises. Plus précisément, notre analyse tente de mettre en lumière les solutions consacrées au sujet en question par les trois ordres juridiques : français, hellénique et anglais. Le choix de nous concentrer sur cette question n'est cependant pas le fruit du hasard. Un raisonnement spécifique guide au contraire notre pensée et justifie l'intérêt d'entreprendre cette étude. Sans prétendre éviter le risque d'arbitraire, intrinsèque à toute étude académique, conduisant à retenir un champ d'étude, soit trop étroit, soit trop large, nous avons cependant tenté de trancher et justifier notre approche, telle qu'exposée ci-dessous.

10. – La convention d'arbitrage constitue « *l'élément fondateur du processus arbitral* »²⁶. A l'échelle nationale et internationale, la convention d'arbitrage assure le consentement des parties au contrat de recourir à cette méthode de résolution de leurs conflits, en dehors de la compétence du juge étatique. Cette volonté ainsi exprimée constitue un élément primordial de la notion même d'arbitrage.

les conditions de l'exercice du recours à l'arbitrage. V. *infra* n° 26.

²⁵ À part le contrat de transport maritime, la clause d'arbitrage peut figurer dans d'autres contrats maritimes, à savoir, les contrats d'affrètement de navires, les contrats d'assistance (avec le fameux contrat de *Lloyd's Open Form* – FOM – régi par le droit anglais et soumis à l'arbitrage du Comité spécialisé au Lloyd's à Londres), les contrats de construction des navires, le financement des contrats maritimes, les contrats d'assurance maritime (notamment les contrats d'assurance pour les armateurs *P&I Club*), les contrats de remorquage. Toutefois, le déroulement de l'arbitrage dans ces contrats maritimes ne soulève pas de questions spécifiques. La particularité de l'arbitrage en matière de transport maritime des marchandises est due à une spécificité propre audit contrat, comme il sera exposé dans notre étude.

²⁶ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien - Lextenso éditions, 2013, p. 479. Adde, A. J. VAN DEN BERG, *The New York Convention of 1958, Towards a uniform judicial interpretation*, Antwerp, Kluwer Law and Taxation, 1981, p. 144, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 198, M. MUSTILL, S.C. BOYD, *The law and practice of commercial arbitration in England*, 2^{ème} éd., Butterworths, 1989, p. 6, CHENU D., « L'autonomie de la clause compromissoire après le décret du 31 janvier 2011 », *LPA* 2011, n° 79, p. 3.

Dans le cadre de l'examen de l'efficacité de la convention d'arbitrage, nous insisterons sur la distinction entre les conditions de sa validité à l'égard des parties au contrat de transport maritime des marchandises et les conditions de son opposabilité vis-à-vis des tiers au contrat. La distinction entre la « validité » et l'« opposabilité »²⁷ d'un acte juridique, et en particulier, de la convention d'arbitrage, est fondée sur l'évolution de la théorie de l'effet relatif des contrats²⁸. Même si le rapport contractuel lie uniquement les parties au contrat, ses effets s'étendent, sous certaines conditions, à des personnes tierces, qui participent à son exécution ou qui sont liées par les effets juridiques du contrat, sur un autre fondement juridique. Cette situation est fréquente dans le cadre du contrat de transport maritime des marchandises en raison de la complexité de cette opération commerciale.

11. – Deux observations préliminaires s'imposent à cet égard. Dans un premier temps, il convient de préciser que la question de la convention d'arbitrage ne se pose pas dans le cadre du contrat de transport maritime des passagers. S'agissant d'un contrat particulier, il est soumis à des conventions internationales, qui réservent aux « passagers » un régime protectionniste, analogue à celui applicable aux « consommateurs » ou, dans tous les cas, aux personnes dont la position de négociation est inférieure à celle de leur cocontractant. Ainsi, la convention d'arbitrage ne déploie ses effets juridiques que dans des conditions particulières qui ne feront pas l'objet de notre étude²⁹.

²⁷ G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., PUF, 2011, V° « Validité » : « *Qualité de ce qui est valide ou validé ; [...].* » V° « Opposabilité » : « *Aptitude d'un droit, d'un acte [...], d'une situation de droit ou de fait à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (c'est-à-dire des personnes qui ne sont ni titulaires du droit ni parties à l'acte ni ayant cause ou créanciers de ces parties) non en soumettant ces tiers aux obligations directement nées de ces éléments (ce qui constitue, dans les cas spécifiés où cela se produit, une extension de l'effet obligatoire d'un acte par exception au principe de l'effet relatif de celui-ci), mais en les forçant à reconnaître l'existence des faits, droits et actes dits opposables [...], à les respecter comme des éléments de l'ordre juridique et à en subir les effets, [...].* »

²⁸ Certains soutiennent que le sens du mot « opposabilité » dans le cadre de l'efficacité de la convention d'arbitrage relève davantage « la force obligatoire » envers le tiers qui, sans avoir signé le contrat la contenant, est contraint par ses effets juridiques et devient « une partie » à celle-ci. À cet égard Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *op. cit.*, p. 216. V. aussi *infra* Deuxième Partie, Titre I, Chapitre II.

²⁹ J.-P. TOSI, « Droit des transports et droits des consommateurs de transport », in *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1121. La « Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages », prévoit dans l'Article 17§ 2 : « *Après l'événement qui a causé le dommage, les parties peuvent convenir de la juridiction ou du tribunal arbitral auquel le litige sera soumis.* » La disposition précitée prévoit un régime protecteur pour le passager, face au pouvoir de négociation des transporteurs. Le régime prévu par les autres dispositions de la Convention réserve un traitement spécifique, assimilant les passagers transportés par mer à des « consommateurs ». Or, l'application de la convention d'arbitrage dans un contrat de consommation revêt une dimension totalement différente qui mériterait une analyse approfondie dans le cadre d'une autre étude. (Même si le transport maritime de passagers ne rentre pas dans la catégorie des contrats de consommation de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles (voir Rapport sur la Convention de Rome, JOCE 31 oct. 1980, n° C 282, p. 24), le Règlement

Cette remarque nous amène à la deuxième observation concernant la qualité des opérateurs participant au transport maritime de marchandises. Il convient de souligner que le sujet sera abordé en tenant compte du fait que ledit contrat est un contrat commercial en ce qu'il implique la participation d'opérateurs organisant le transport maritime dans le cadre de leur activité commerciale, et non pas en tant que « consommateurs » souhaitant organiser le déplacement de leurs biens, dans un cadre non commercial. Étant donné que le transporteur est toujours réputé agir en qualité de « commerçant » exploitant le navire à son propre profit, il convient de préciser que la présente étude adopte comme point de départ l'hypothèse que son cocontractant agit aussi en qualité de « commerçant ».

12. – S'agissant de la complexité de la conclusion du contrat en question, nous précisons que la portée *ratione personae* de la convention d'arbitrage s'étend au transporteur des marchandises et à son cocontractant, celui-ci étant uniquement le chargeur des marchandises ou à la fois le chargeur et le destinataire de celles-ci. Dans ce contexte, l'identification de la qualité contractuelle de chaque opérateur n'est pas une démarche anodine³⁰. La problématique du sujet se pose notamment à l'égard du destinataire des marchandises. Son apparition, en tant que troisième personne dans ce schéma commercial, perturbe en l'espèce les équilibres contractuels.

Rome I, entré en application le 17 décembre 2009, prévoit des dispositions spécifiques pour ce type des contrats, dans un texte plus riche que celui de la Convention.) À cet égard, v. F. BERLINGIERI, "The effect on arbitration of recent international maritime law conventions", in P. SANDERS (ed), *New trends in the development of international commercial arbitration and the role of arbitral and other institutions*, ICCA Congress Series 1982, N° 1, Kluwer 1983, p. 297 (297), E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Trav. com. fr. DIP 2005-2006*, Ed. Pédone, Paris, 2008, p. 135, Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien - Lextenso éditions, 2013, p. 558.

³⁰ En droit français du transport terrestre, le destinataire des marchandises, même lorsqu'il s'agit d'une personne tierce et distincte de celle du chargeur, est toujours considéré, sans équivoque, comme partie au contrat de transport terrestre. V. article 132-8 C. com. français : « *La lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur, le voiturier et le destinataire ou entre l'expéditeur, le destinataire, le commissionnaire et le voiturier. Le voiturier a ainsi une action directe en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire, lesquels sont garants du paiement du prix du transport. Toute clause contraire est réputée non écrite.* » Afin de justifier le régime de l'action directe en paiement du prix du transport, le législateur se prononce sur l'identification des parties au contrat de transport. Alors que le droit d'action contractuel est directement attribué au destinataire, son engagement par l'ensemble des clauses du contrat est discuté du fait qu'il est absent au moment de la rencontre des volontés des parties initiales. À cet égard, I. BON-GARCIN, M. BERNADET, Y. REINHARD, *Droits des transports*, Paris, Dalloz, 2010, p. 415 et suiv., S. PIEDELIEVRE, D. GENCY-TANDONNET, *Droit des transports*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 519 et suiv., spéc. p. 524.

La fameuse troisième personne « intéressée » par le transport, à savoir le réceptionnaire des marchandises, est traitée différemment au sein de chaque ordre juridique étudié. Nous verrons que sa qualité juridique ne dépend pas seulement de son rôle dans la réalisation du transport, mais, notamment, du droit applicable au contrat principal. Nous allons démontrer que son engagement par le contrat, ainsi que par la convention d'arbitrage, repose sur un fondement juridique différent pour chaque ordre juridique étudié. En outre, ce fondement divise également la doctrine et la jurisprudence au sein d'un même ordre juridique³¹. Ainsi, alors qu'il est majoritairement considéré en France comme « partie » au contrat de transport, il est traité comme un « tiers » audit contrat lorsque le droit anglais ou hellénique s'applique. Nous verrons par conséquent, qu'en fonction de sa position contractuelle, la portée *ratione personae* de la convention d'arbitrage est soumise à des conditions différentes. De ce fait, une approche commune de tous les droits étudiés n'est ni possible ni souhaitable.

13. – Les ordres juridiques français, hellénique et anglais. Etudier la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime des marchandises dans le contexte des ordres juridiques précités n'est pas non plus le fruit du hasard. Deux critères ont attiré notre attention lorsque nous avons décidé de présenter les solutions adoptées par certains droits étatiques. D'abord, nous avons jugé intéressant d'analyser la convention d'arbitrage dans des systèmes juridiques différents où le degré de « libéralisme » octroyé à l'institution de l'arbitrage varie considérablement. Ensuite, une observation d'ordre pratique s'est avérée déterminante afin de délimiter le périmètre de la recherche : la répartition inégale des litiges maritimes entre les centres d'arbitrage maritime de certains pays.

14. – Commençons par ce dernier critère. Nous ne pourrions pas aborder les questions relatives au droit maritime sans utiliser comme point de référence l'ordre juridique anglais³². Forte de sa tradition maritimiste, l'Angleterre a su, depuis longtemps,

³¹ V. *infra* Deuxième partie.

³² On estime qu'environ 70 % des arbitrages maritimes ont lieu à Londres (tandis que 20 % ont lieu à New York et les 10 % restants étant répartis dans le monde entier). B. HARRIS, « London Maritime Arbitration », *Arbitration* 2011, vol. 77, n° 1, p. 116, FINCH, « London : Still the cornerstone of international commercial arbitration and commercial law ? », *Arbitration* 2004, vol. 70, n° 4, p. 256 (258), B. HARRIS, « Procedural reform in maritime arbitration », *ADRLJ* 1995, n° 1, p. 18 (19), M. SUMMERSKILL, « The London Maritime Arbitrators' Association », *Arbitration* 1985, vol. 51, n° 4, p. 503, C. L. A.

dominer le secteur maritime, d'une part, en imposant ses propres contrats aux opérateurs internationaux, et d'autre part, en attirant les experts maritimes sur son territoire³³. Les conditions socio-économiques du pays ont favorisé son développement en tant que centre international de l'arbitrage maritime, notamment en raison de sa forte présence maritime à l'international, du nombre de compagnies d'assurance implantées sur son territoire et du fait qu'il s'agit d'un pays importateur³⁴.

Cet impérialisme commercial est notamment entretenu par une pratique d'ordre juridique : l'insertion, de manière régulière, des clauses désignant le droit anglais comme droit applicable aux contrats maritimes est la règle dans le commerce maritime. Le contrat de transport maritime n'a pas échappé à cette pratique juridique. Ainsi, la grande majorité des litiges survenus à l'occasion d'un transport maritime est soumise au droit anglais et est, souvent, jugée devant un tribunal siégeant en Angleterre. Sur ce point, nous ne saurions passer sous silence le rôle du *Baltic Exchange*³⁵ et de *Lloyd's*³⁶ dont les sièges sont situés à Londres et qui regroupent les meilleurs experts en la matière.

Bien que les armateurs grecs soient omniprésents en mer, le recours au droit grec reste l'exception. Le déplacement des marchandises réalisé par un navire sous pavillon hellénique est rarement soumis au droit grec. En raison des relations économiques étroites de ces armateurs avec l'Angleterre, ils préfèrent de toute évidence recourir à l'application du droit anglais. La même constatation s'applique

CLARK, "London as an arbitration center", *Arbitration* 1979, vol. 45, n° 2, p. 93 (93), qui s'exprime ainsi à propos de l'Angleterre: "that modern heaven of international arbitration proceedings in maritime transactions".

³³ Au niveau mondial, plus que la moitié d'arbitrages maritimes ont lieu à Londres, suivi de New York. Les arbitrages maritimes sont partagés par les autres centres d'arbitrage maritimes (voir *infra* note 32). Toutefois, le choix de ne pas inclure ces ordres juridiques dans notre étude se justifie par le souci de faire gagner la comparaison en profondeur « ce qu'elle doit perdre en étendue », v. L. - J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, La méthode comparative*, T. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 39.

³⁴ B. HARRIS, « London Maritime Arbitration », *Arbitration* 2011, vol. 77, n° 1, p. 116 (117), où l'auteur évoque l'histoire de la marine commerciale anglaise dans le transport maritime international, ainsi que le rôle déterminant du *Baltic Exchange* dans la conclusion des contrats d'affrètement ainsi que la création d'une liste d'arbitres spécialisés en la matière, formant en 1960 l'association des arbitres maritimes de Londres (« London Maritime Arbitrators Association »).

³⁵ Il s'agit d'une société fondée en 1744 à Londres, gérant des indices de prix sur le marché du transport maritime. H. BARTY-KING, *The Baltic Exchange: the history of a unique market*, Hutchinson, 1977.

³⁶ Compagnie d'assurance basée à Londres depuis 1688. P. GOVARE, *L'assurance maritime anglaise : les origines, le Lloyd, polices diverses, règlements*, Paris, Challamel, 1904, A. BROWN, *Hazard unlimited: the story of Lloyd's of London*, 3^{ème} éd., Londres, Informa, 1987.

lorsqu'une opération de transport maritime implique un élément lié à la France. Les commerçants français souhaitant expédier leurs biens vers l'étranger se trouvent souvent soumis au droit anglais. Malgré les efforts récemment entrepris par les grandes compagnies françaises de transport maritime³⁷ pour insérer des clauses imposant l'application du droit français au contrat, ainsi que le recours à un juge français, ou même à un tribunal arbitral siégeant en France, la domination du droit anglais dans le secteur maritime demeure, de nos jours, la règle.

15. – Toutefois, l'étude des ordres juridiques français et hellénique s'impose lorsque l'on prend en considération un autre critère déterminant pour l'élaboration de notre argumentation. Nous remarquerons que face à la faible influence du droit français dans le domaine du droit maritime international, s'oppose son rôle déterminant dans l'arbitrage international. Considéré comme un des droits les plus libéraux en la matière, le droit français de l'arbitrage international a incontestablement laissé son empreinte dans l'évolution de cette pratique et l'affinement des principes internationaux qui la régissent. Non seulement la législation, mais aussi la jurisprudence et la doctrine françaises ont indubitablement contribué à faire évoluer l'arbitrage international dans une direction plus libérale, qui n'est pas toujours partagée par les autres pays adoptant également l'arbitrage parmi les méthodes de règlement de litiges.

L'ordre juridique grec, tout en s'adaptant aux obligations résultant de son adhésion aux instruments internationaux dédiés à l'arbitrage international, et notamment à la Convention de New York de 1958, a su faire preuve d'un certain conservatisme, retenant l'interprétation stricte de ses dispositions. Par conséquent, même si les deux ordres juridiques appartiennent au même système juridique, celui des pays romanistes³⁸, les règles applicables en matière d'arbitrage international reflètent deux

³⁷ La compagnie « CMA CGM » basée à Marseille est un des leaders mondiaux du transport maritime par conteneurs et désigne, dans la Clause 30 des conditions générales du transport, le droit français applicable au contrat de transport et renvoie à la juridiction de la cour compétente selon le choix exprès effectué par les parties sur le connaissement. (V. les termes et conditions du connaissement dans les documents fournis sur le site officiel du transporteur : <http://www.cma-cgm.com/products-services/shipping-guide/bl-clauses> (consulté le 12/03/2014).

³⁸ Certains auteurs qualifient les droits français et hellénique comme de droits « romano-germaniques » ou « de tradition civiliste », ou selon les anglophones, de droits de « *civil law* ». Il s'agit principalement des droits de l'Europe et de l'Amérique latine. Ils s'opposent à la famille de droits de « *Common law* » adoptés principalement par le Royaume Uni, les États-Unis et autres pays anglo-saxons. Pour une présentation succincte des principales différences entre les deux systèmes juridiques v. M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 7 et suiv.

positions opposées : le libéralisme du droit français et le conservatisme du droit grec. Le droit anglais, qui fait partie d'un système juridique complètement différent, celui de la *Common law*, rejoint plutôt la position moins libérale du droit grec, tout en restant ouvert à la perspective d'une interprétation plus souple³⁹.

16. – L'intérêt du sujet réside dans les conclusions que l'on peut finalement tirer tant sur le traitement de la clause d'arbitrage insérée dans un contrat commercial, certes, mais spécifique, car soumis à certaines particularités du droit maritime, que sur le plan comparé.

Dans un premier temps, notre attention a été attirée par l'application de règles d'interprétation différentes à la convention d'arbitrage insérée dans les contrats de transport maritime et à celle insérée dans les autres contrats commerciaux. Le principe fondamental « d'autonomie » de la convention d'arbitrage semble diviser les « maritimistes » et les « arbitragistes » de par son interprétation et son application au contrat de transport maritime des marchandises. Nous envisageons de montrer que l'écart, parfois flagrant, entre l'arbitrage maritime et l'arbitrage commercial sur ce point ne semble pas se justifier. Notre contestation de cette approche différenciée entre les spécialistes des deux domaines en question se fonde notamment sur des arguments tirés de la nature propre de la convention d'arbitrage insérée dans un contrat commercial, indépendamment de l'objet de ce dernier.

L'efficacité de la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime est soumise à des normes qui lui sont propres. Ces normes seront appliquées afin de dégager les conditions de sa validité envers les parties et les conditions de son opposabilité à l'égard des tiers. Toutefois, le droit applicable au contrat principal définira la position contractuelle des opérateurs impliqués dans l'opération. C'est ainsi que notre intérêt se porte vers les solutions des trois ordres juridiques étudiés. Dans ce contexte, la question de l'engagement du destinataire des marchandises se pose avec force, étant

³⁹ Nous allons démontrer que les droits grec et anglais, exigeant une certaine forme pour que la convention d'arbitrage soit valide, reflètent sans doute un conservatisme par rapport au droit français qui s'est affranchi de toute exigence de forme pour la validité de la clause compromissoire en matière internationale. C'est sur cette distinction, élaborée dans la deuxième partie de l'étude, que se fondera la recherche des conditions d'engagement du destinataire, tiers ou partie au contrat de transport maritime, par ladite clause. V. *infra* Deuxième Partie.

donné que selon le droit applicable au contrat de transport, il sera considéré, soit, comme une partie, soit, comme un tiers.

17. – L'analyse des questions précitées mettra en évidence l'existence d'un cadre jurisprudentiel englobant des solutions souvent incohérentes ou même contradictoires. Au delà des exigences de prévisibilité et de cohérence du droit, l'intérêt d'approfondir le sujet en question est d'ordre pratique, en raison de la multiplicité des transactions maritimes et de la tendance actuelle à recourir plus souvent à l'arbitrage. Définir les critères de l'efficacité de la clause compromissoire, ainsi que les conditions de l'engagement des personnes intéressées⁴⁰, se révèle être un objectif primordial pour le droit de l'arbitrage international.

L'examen du sujet à travers ce prisme soulève au sein de l'arbitrage international des interrogations relatives aux conditions de validité de la convention ainsi que de l'engagement des tiers par celle-ci. L'efficacité *ratione personae* de la convention d'arbitrage n'est pas soumise uniquement aux normes spécifiquement applicables, mais semble souvent obéir à des impératifs liés à l'objet du contrat principal dans lequel elle est insérée.

18. – **La comparaison comme méthode de recherche.** Dans le cadre de l'étude entreprise, l'analyse comparative des trois ordres juridiques précités vise à éclairer et expliquer les solutions qu'ils retiennent sur le sujet en question. Les conditions d'efficacité de la convention d'arbitrage dans un contrat de transport maritime varient en fonction de l'ordre juridique dans lequel elle est étudiée. Par ailleurs, au sein du même ordre juridique, des droits différents peuvent s'appliquer afin de répondre à la question étudiée. Les critères du choix du droit applicable sont laissés à l'appréciation de l'autorité compétente pour trancher le litige (soit le juge, soit l'arbitre).

⁴⁰ En droit français, les conditions d'engagement du destinataire par une clause d'arbitrage insérée dans le connaissance de charte-partie ne sont pas déterminées. Une incertitude semble exister au sein de la jurisprudence de la Cour de cassation, témoignant ainsi de la complexité du sujet en question. V. Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien - Lextenso éditions, 2013, p. 642, § 714.

Selon la définition schématique de la « méthode comparée »⁴¹, la combinaison, d'une part, de la méthode analytique et, d'autre part, de la synthèse comparative nous permettra de dégager les véritables rapports entre les droits étudiés et de réaliser les objectifs poursuivis par la présente étude. Afin de mieux analyser et, au final, de mieux comprendre les solutions retenues, une approche à la fois de « micro-comparaison » et de « macro-comparaison » s'impose⁴².

19. – À cet égard, nous avons jugé indispensable de recourir à la micro-comparaison, effectuée à travers une « juxtaposition » des solutions prévues⁴³, pour être en mesure de présenter, par la suite, la position de chaque ordre juridique dans sa globalité et de dégager son esprit⁴⁴. Les solutions législatives et jurisprudentielles sont successivement présentées sous un angle analytique afin de déduire les éléments nécessaires à une meilleure compréhension des divergences entre les ordres juridiques. En raison de la complexité des normes susceptibles de s'appliquer ainsi que des différences importantes observées au sein de chaque ordre juridique, procéder en décomposant les termes à comparer, à savoir la « convention d'arbitrage » et le « contrat de transport maritime des marchandises », en leurs éléments « essentiels », permet de mieux saisir les rapports entre eux et de donner un schéma général à l'ensemble de la problématique du sujet.

Notre analyse et la présentation des arguments juridiques suivent un raisonnement qui répond, à la fois, aux règles de la logique et de la dialectique aristotéliennes ainsi qu'à la méthode d'analyse, dite, « déductive ». Partant des principes généralement applicables à une convention d'arbitrage, nous tenterons de les appliquer au cas particulier de la convention d'arbitrage insérée dans un contrat de transport maritime des marchandises. L'objectif est de tester l'hypothèse générale, à savoir les

⁴¹ L. - J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, La méthode comparative*, T. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 131 et suiv.

⁴² *Id.*, *Traité de droit comparé, Introduction au droit comparé*, T. I, Paris, LGDJ, 1974, p. 209 et suiv.

⁴³ *Ibid.*, p. 209 : « [j]’entends par micro-comparaison le rapprochement comparatif de règles ou d’institutions juridiques appartenant à des ordres juridiques différents. L’objectif de l’analyse est ici limité et son résultat nécessairement fragmentaire. Toutefois, il y a certains aspects de la réalité juridique que la micro-comparaison ne peut [...] ni saisir, ni révéler [...] »

⁴⁴ Et l’auteur continue, p. 210 : « [...], pour comprendre ses structures caractéristiques et pour en saisir sa spécificité, il faut changer d’échelle d’observation. [...]. [...], c’est en passant de la micro-comparaison à la macro-comparaison, seule échelle capable de révéler les structures caractéristiques et les morphologies spécifiques, qu’on peut saisir la réalité juridique. Seule la macro-comparaison peut faire ressortir les véritables caractéristiques des ordres juridiques. » Du même auteur, L. - J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, La science des droits comparés*, T. III, Paris, Économica, 1983, p. 85 et suiv.

conditions d'efficacité de ladite convention, à travers son observation au sein d'un cas particulier, à savoir le contrat du transport maritime des marchandises.

Il ressort de nos analyses que l'objectif de la présente étude n'est pas de soutenir une solution uniforme pour tous les ordres juridiques comparés, mais, avant toute chose, de mettre en lumière les cohérences et les incohérences observées suite à l'adoption de telle ou telle solution⁴⁵. Dans un premier temps, les positions contradictoires décelées et justifiant les « incohérences » qui prévalent au sein d'un ordre juridique, seront mises en avant dans la perspective de l'unité du domaine de l'arbitrage à vocation internationale. C'est ainsi que la macro-comparaison qui se dévoile au fur et à mesure de la construction de notre argumentation se fonde sur la synthèse comparative des solutions fragmentaires, tant législatives que jurisprudentielles.

20. – La méthode déductive parcourt, non seulement, le raisonnement propre à chaque argument juridique, mais aussi, la structure de l'étude dans son ensemble. Considérant l'arbitrage maritime, non pas comme un domaine distinct, mais, comme un « cas spécifique » de l'arbitrage commercial, nous envisageons de mettre ce cas particulier à l'épreuve de la règle générale. A partir de la présentation de la règle applicable au « cas général », à savoir l'arbitrage commercial international, il convient de vérifier si le cas particulier, à savoir l'arbitrage maritime, est en conformité ou, au contraire, en relation « d'opposition » ou « d'exception » avec la règle générale. L'intérêt de cette démarche est d'étudier l'efficacité de la clause compromissoire insérée dans le contrat de transport maritime, et, en parallèle, de tirer certaines conclusions, à partir d'une comparaison avec son efficacité lorsqu'elle est insérée dans les autres contrats commerciaux.

En outre, l'argumentation juridique de l'étude tente suivre la structure d'un « syllogisme » aristotélicien consistant en un argument qui comporte au moins deux prémisses et dont la conclusion, qui ne doit être identique à aucune des prémisses,

⁴⁵ Tandis qu'en droit comparé, l'objectif est souvent d'identifier la « solution la plus appropriée » ou même « la meilleure possible », nous pensons qu'il serait plus prudent, dans le cadre de notre sujet, de nous limiter à des constatations révélant des solutions « cohérentes » ou « incohérentes ». C'est à travers ce critère spécifique que nous pensons trouver la solution la plus soutenable. V. L. - J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, La méthode comparative*, T. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 276.

résulte de celles-ci⁴⁶. Notre réflexion cherche comme point de départ la règle applicable aux faits constatés, afin d'aboutir à la solution concrètement retenue. Ainsi, nous avons isolé deux questions primordiales pour l'analyse du sujet : quelle norme s'applique en l'espèce et quelle est la solution adoptée en fonction de la norme appliquée ?

21. – **Plan.** Après avoir exposé la problématique de cette étude consacrée à la convention d'arbitrage dans le contrat de transport maritime des marchandises⁴⁷, la question principale qui se pose est relative à son efficacité, à savoir les conditions de sa validité et de son opposabilité à l'égard des opérateurs du transport maritime des marchandises. Cependant, un ensemble de règles susceptibles de s'appliquer complique davantage la réponse.

C'est la raison pour laquelle, il convient de présenter en premier lieu les normes applicables à l'efficacité de la convention d'arbitrage dans le contrat de transport maritime (Partie I). Une fois le cadre normatif déterminé, nous tenterons d'isoler les conditions spécifiques de l'efficacité de ladite convention à l'égard des parties et des tiers au dit contrat (Partie II).

⁴⁶ARISTOTE, *Topiques*, I, 1, 100 a 25-27, *Premiers Analytiques*, I, 1, 24 a 18-22, *Réfutations Sophistiques*, I, 164 b 27 – 165 a 2, textes établis et traduits par J. BRUNSCHWIG, Paris, Les Belles Lettres, 1967. Sur la traduction du mot grec « sullogismos » par le terme « syllogisme », v. M. CRUBELLIER, « Y a-t-il un « syllogisme topique » chez Aristote ? », in J. BIARD, F. M. ZINI (Dir.), *Les lieux de l'argumentation, Histoire du syllogisme topique d'Aristote à Leibniz*, Brepols, p. 11 (12, réf. 2).

⁴⁷R. DESCARTES, *Règles pour la direction de l'esprit*, Librairie générale française, collection Classiques de la philosophie, 2002, Treizième Règle : « [q]uand nous comprenons parfaitement une question, il faut la dégager de toute conception superflue, la réduire au plus simple, la subdiviser le plus possible [...] »

Première Partie. Le droit applicable à la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime de marchandises

22. – Au regard de la position dominante dans la doctrine et la jurisprudence, l'efficacité de la clause d'arbitrage en matière de transport maritime est soumise aux spécificités du contexte contractuel dans lequel elle figure, à savoir le contrat de transport maritime. Dans ce contexte, ses effets juridiques sont souvent soumis au particularisme dudit contrat et aux enjeux des relations contractuelles dans cette opération maritime⁴⁸. Toutefois, un traitement particulier de cette clause n'est pas justifié vis-à-vis des principes de l'arbitrage international, notamment quand il s'agit d'une clause insérée dans un contrat du commerce international et impliquant, en principe, des opérateurs commerciaux sophistiqués.

Par souci de mieux apprécier l'influence de ces forces antagonistes, lors de la détermination des conditions spécifiques de l'efficacité de la clause, abordées dans la deuxième partie de notre étude, il convient de présenter leurs arguments diamétralement opposés autour de la question de sa dépendance à l'égard du contrat de transport maritime.

L'objectif de cette première partie est de mettre en évidence que la clause compromissoire, malgré son rattachement matériel au contrat de transport maritime (Titre I), est par sa soumission à des normes juridiques qui lui sont propres, autonome par rapport au droit applicable à ce contrat (Titre II). Cette démarche tend à renverser

⁴⁸ Le particularisme des contrats maritimes, et notamment des contrats du transport maritime, est attribué au fait que les opérateurs sont exposés aux risques de la mer (voir *supra*, Introduction, n° 2). Dans ce sens, v. aussi : Ph. POTAMIANOS, *L'autonomie du contrat de transport maritime des marchandises*, Thèse de Université Paris, L. Rodstein, 1938, G. RIPERT, *Droit maritime*, T. II, 4^{ème} éd., Paris, Ed. Rousseau et Cie, 1952, p. 248, § 1343, R. RODIERE, E. DU PONTAVICE, *Droit maritime*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, Précis, 1997, p. 7, § 5, Ph. DELEBECQUE, « Le particularisme des contrats maritimes », in *Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 127 (131).

l'approche de la clause compromissoire en matière de transport maritime, abordée souvent uniquement sous l'angle des spécificités du contrat de transport maritime.

TITRE I. L'INFLUENCE DU RATTACHEMENT MATERIEL DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AU CONTRAT DE TRANSPORT MARITIME DE MARCHANDISES

23. – Lorsque la convention d'arbitrage est destinée à indiquer la méthode de résolution des conflits substantiels, son étude ne peut partir que de celle du contrat dans lequel elle est incluse. Aborder notre analyse de ce point de départ, nous permet de tirer un double enseignement sur la question de savoir quelles sont les caractéristiques du contrat auxquels la clause se réfère et quelle est la position contractuelle des opérateurs auxquels la clause va s'opposer.

Il convient donc de présenter les spécificités de ce contrat qui peuvent influencer sur les conditions de l'efficacité de la convention d'arbitrage. Plus concrètement, l'examen de cette dernière est souvent lié aux spécificités du document dans lequel elle figure et avec lequel elle circule entre plusieurs personnes (Chapitre I). Par ailleurs, la qualité juridique des personnes susceptibles d'être liées par ladite convention n'est pas toujours bien définie dans le schéma contractuel du transport maritime. Cette incertitude justifie la démarche de distinguer les parties des tiers au contrat en question et mettre ainsi l'accent sur le rôle particulier du destinataire des marchandises (Chapitre II).

Chapitre I. La convention d'arbitrage insérée dans un contrat de transport maritime de marchandises

24. – Dans un premier temps, il convient de clarifier les circonstances qui donnent naissance au contrat et à l'émission du document qui contient la clause compromissoire. Le transport maritime des marchandises peut être effectué, soit à l'occasion d'un contrat d'affrètement, soit à l'occasion d'un contrat de transport. Il est, par conséquent, important de faire la distinction entre ces deux contrats maritimes, afin de mieux comprendre leur interférence, notamment lors de l'émission d'un titre de transport en vertu d'un contrat d'affrètement (Section I). Dans un deuxième temps, il conviendra d'identifier les caractéristiques des titres de transport susceptibles d'influencer les conditions de circulation de la clause compromissoire. (Section II).

Section I. La convention d'arbitrage figurant dans un titre de transport maritime

25. – La question de l'efficacité de la clause compromissoire se pose dans le cadre d'un contrat de transport maritime. Afin de mieux comprendre le cadre contractuel dans lequel la clause d'arbitrage est insérée, il nous semble important de présenter les caractéristiques principales du contrat de transport maritime. La nécessité d'une telle présentation est due à la confusion souvent créée entre le contrat de transport maritime et le contrat d'affrètement qui ensemble, constituent les deux modalités d'acheminement de marchandises par mer.

Il convient ainsi de rappeler la distinction entre les contrats précités, dans chacun des trois systèmes juridiques ici étudiés : le droit français, hellénique et anglais (§ 1), ainsi que de présenter brièvement les titres émis à l'occasion de la conclusion de chaque contrat, dans lesquels figure la clause compromissoire (§ 2).

§1. Le cadre juridique de l'acheminement des marchandises par voie maritime

26. – Traditionnellement, l'acheminement de marchandises par voie maritime d'un port à un autre peut avoir lieu en vertu, soit d'un contrat d'affrètement d'un navire, soit d'un

contrat de transport maritime. Historiquement⁴⁹, c'est le contrat d'affrètement qui a été initialement appliqué par les commerçants du Moyen Age⁵⁰. Ce contrat était conclu avec les armateurs qui mettaient leurs propres navires⁵¹ à la disposition de l'affréteur (le chargeur) dans le but d'acheminer les marchandises de ce dernier.

Après le XVIII^e siècle, en raison de l'évolution des techniques industrielles⁵², la pratique maritime a été fortement influencée, d'un côté, par l'apparition de petits commerçants, et de l'autre, par l'organisation régulière des transports maritimes vers des destinations précises. Ces petits commerçants cherchaient à acheminer des quantités de marchandises moins importantes, sans être obligés d'affréter un navire dans sa totalité.

Ainsi, les armateurs pouvaient entreprendre le transport des marchandises, tandis que les commerçants gardaient leur rôle de chargeurs. La dissociation entre les compagnies de navigation (qui mettaient à la disposition du cocontractant la gestion d'un navire) et les marchands - petits commerçants (qui s'intéressaient à l'acheminement de leurs marchandises) a commencé à se généraliser⁵³. La cristallisation de la pratique a été reflétée dans les textes juridiques qui ont commencé à faire la distinction entre les deux catégories de contrats concernant l'acheminement des marchandises d'un port à un autre : les « contrats de transport » et les « contrats d'affrètement ».

⁴⁹ A. KIANTOU-PAMPOUKI, *Ναυτικό Δίκαιο (Τόμος Δεύτερος) [Droit maritime (Deuxième Tome)]*, 6^{ème} éd., Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 2007, p. 2, § 109, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 499, § 741.

⁵⁰ Au Moyen Age, les commerçants qui envisageaient d'envoyer leur marchandise vers des destinations lointaines se contractaient avec des armateurs disposant de leurs propres navires. Les caractéristiques détaillées de ce type de contrat n'étaient pas encore bien définies dans la mesure où cette opération, établie depuis des siècles dans la pratique, n'a pas été réglementée en détail par les textes législatifs de cette période. V. A. KIANTOU-PAMPOUKI, *op. cit.*, p. 2, § 109, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. I*, Paris, Dalloz, 1967, p. 9, § 3, Ordonnance de la Marine de 1968, Livre 3, Titre 1, art. 1^{er} et la préface du commentaire effectué par J. VALIN, *Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine*, Tome 1^{er}, Paris, Chez Joubert, 1841, p. x, G. RIPERT, *Droit maritime*, T. II, 4^e éd., Paris, Ed. Rousseau et Cie, 1952, p. 241, § 1339.

⁵¹ R. RODIERE, *op. cit.*

⁵² Surtout environ dans les années 1815 – 1830 (P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 500, § 742).

⁵³ R. RODIERE, *op. cit.*

A. Les textes régissant le droit matériel du transport maritime de marchandises

i. Les instruments internationaux

26 bis. – Le premier texte international destiné à régir l'opération du transport maritime en tant qu'opération distincte de celle d'affrètement, fut la Convention du 25 août 1924⁵⁴, pour « L'unification de certaines règles en matière de connaissement »⁵⁵, connu également sous le nom de « Règles de la Haye-Visby », suite à la signature de deux Protocoles modificatifs du texte initial en 1968 et 1979. Ces règles s'appliquent spécifiquement aux transports maritimes effectués en émettant des documents propres aux contrats de transport maritime, cf. le « connaissement » ou d'autres titres similaires. Les contrats d'affrètement sont expressément exclus de son champ d'application. Cette convention maritime marque le début de la distinction juridique entre le contrat de transport et le contrat d'affrètement, malgré la similitude de leurs objectifs⁵⁶.

Depuis ce premier texte, deux autres tentatives ont vu le jour, au niveau international. En 1978, les Nations Unies ont adopté la « Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer », (connue sous le nom des « Règles de Hambourg »). Les Règles de Hambourg sont entrées en vigueur le 1^{er} novembre 1992 et ont été ratifiées par trente-quatre Etats qui représentent environ la moitié du tonnage de la flotte mondiale. La France, la Grèce et le Royaume-Uni ne figurent pas parmi les pays signataires des Règles de Hambourg⁵⁷.

⁵⁴ Depuis la fin du XVIII^e siècle, la forte demande des transports maritimes a mis les transporteurs en position de force, leurs permettant d'insérer des clauses dans les contrats de transport, au détriment des intérêts des chargeurs-petits commerçants. Il s'agit surtout, de l'introduction des clauses limitant la responsabilité des transporteurs qui a provoqué leur « révolte », les fameuses « *negligence clauses* ». Face à cette situation, un premier texte juridique a été adopté, afin de réglementer cette activité commerciale, de manière à satisfaire également les droits et intérêts des chargeurs. Ainsi, en 1893, le fameux Harter Act a été voté par le Congrès des États-Unis. Ce texte s'appliquait exclusivement aux contrats de transports, pour la réalisation desquels l'émission d'un connaissement a été prévue. Il s'agissait du premier texte délimitant les clauses de non-responsabilité des transporteurs. Pourtant, les armateurs réticents à accepter le Harter Act, ont encouragé la rédaction des règles contractuelles, qui ont finalement pris la forme des Règles de la Haye (1921). Il s'agissait plutôt d'un texte non impératif, d'un connaissement-type à valeur contractuelle. Si les parties souhaitaient les insérer dans leur contrat, leur application devenait contractuellement obligatoire. Dans ces circonstances, le besoin d'une convention internationale impérative a été constaté et l'adoption de la Convention de la Haye-Visby n'a pas tardé. Bien que cette Convention s'éloigne de la forme d'un contrat-type, elle a repris en principe les Règles de la Haye de 1921. La Convention de 1924 est entrée en vigueur le 2 juin 1931 et est ratifiée aujourd'hui par plus de cent États qui comptent parmi les grandes puissances maritimes. (Voir à titre indicatif : G. RIPERT, *Droit maritime*, T. II, 4^e éd., Paris, Ed. Rousseau et Cie, 1952, p. 257, § 1349 et suiv., S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 621, § 9-062, F. MONTIER, *Le Harter Act : son interprétation par les cours américaines et françaises, son avenir*, Thèse, Paris, LGDJ, 1931, , P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p.599, § 883).

⁵⁵ « *International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading* » (en anglais).

⁵⁶ A. KIANTOU-PAMPOUKI, *Ναυτικό Δίκαιο (Τόμος Δεύτερος) [Droit maritime (Deuxième Tome)]*, 6^{ème} éd., Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 2007, p. 3, § 109, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 500, § 742.

⁵⁷ Bien que la mise en œuvre des Règles de Hambourg ne puisse pas avoir lieu directement dans les pays étudiés ici, en tant que traité internationale, leur application peut toutefois avoir lieu indirectement, soit lorsqu'elles font partie de la législation

Récemment, un dernier instrument international lui aussi a été créé à l'initiative des organes des Nations Unies en collaboration avec le Conseil Maritime International (« CMI ») et les organismes professionnels. Il s'agit de la « Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer ». Ce nouveau texte international, appelé les « Règles de Rotterdam », a été adopté le 11 octobre 2008, mais il n'est pas encore entré en vigueur⁵⁸. Les Règles de Rotterdam bénéficient d'un large champ d'application et ont pour ambition de régir le transport multimodal des marchandises (et pas seulement le transport maritime).

27. – Bien que l'objectif de ces conventions internationales maritimes ait été d'instaurer un régime substantiel applicable au transport maritime international et imposé aux Etats signataires, les Conventions, spécifiquement les Règles de Hambourg et de Rotterdam, n'ont pas manqué d'introduire des dispositions pour l'unification du régime du contentieux applicable aux litiges couverts par leur champ d'application. Ainsi, les conventions maritimes précitées reconnaissent la licéité des clauses d'arbitrage et d'attribution de juridiction et se prononcent sur les conditions de leur incorporation dans les contrats de transport maritime.

Plusieurs considérations ont été prises en compte au moment de la rédaction des conventions maritimes et de la décision d'insérer les dispositions de compétence juridictionnelle et arbitrale. Les rédacteurs ont certainement valorisé le besoin de conjuguer les règles de compétence avec les règles de droit matériel d'ordre public, afin de mieux préserver l'application du régime établi par ces textes internationaux⁵⁹.

choisie par les parties afin de régir le contrat de transport, soit lorsque les parties ont activé la clause « *paramount* » et les ont intégrées aux dispositions du contrat. Cf. Cass. com. 7 déc. 1999, *Navires Vassili Klochkov et Klim Voroshilov*, *DMF* 2000, p. 903, note F. LE LOUER, P.-Y. NICOLAS, « Les règles de Hambourg devant les tribunaux français », *DMF* 1998, p. 547, J.-P. REMERY, « Remarques sur le droit applicable au contrat international de transport maritime de marchandises », in *Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 277 (286). Aussi v. *infra* n° 142.

⁵⁸ Une cérémonie de signature en présence de plusieurs pays (24 pays, au 30 janvier 2014) a eu lieu en septembre 2009, mais, en application de ses propres dispositions, les conditions de son entrée en vigueur ne sont pas encore réunies. Conformément à l'article 94 qui lit comme suit : « 1. La présente Convention [Convention des Nations Unies sur le contrat de transport effectué entièrement ou partiellement par mer] entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date du dépôt du vingtième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. » Les Règles de Rotterdam ont reçu la signature de 24 États, tandis que seulement deux États (Espagne, le 19/01/2012 et Togo, le 17/07/2012) les ont ratifiées. Cf. R. ILLESCAS, « L'Espagne ratifie les règles de Rotterdam : ce qui change au niveau du droit du transport international suite à ces règles », *DMF* 2011, p. 691.

⁵⁹ O. CACHARD, « La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) », *JDI (Clunet)* 2012, p. 533 (564).

Lorsque l'esprit des Conventions était d'établir un régime d'ordre public pour le transport maritime international, afin de mieux préserver les opérateurs faibles, les clauses dérogatoires à ce régime d'ordre public, comme la clause compromissoire, ont été soumises à certaines conditions relativement strictes.

Contrairement aux Règles de Hambourg et de Rotterdam, les Règles de la Haye-Visby restent silencieuses sur les clauses d'arbitrage. Ce silence ne saurait être interprété comme un refus de reconnaissance⁶⁰. Les obligations incombant aux transporteurs sont sanctionnées par un régime rigoureux. Les clauses destinées à exonérer le transporteur de sa responsabilité, contrairement à ce que la Convention prévoit, sont considérées comme nulles et sans effet⁶¹. L'interprétation stricte de cet article permet de déduire que la clause compromissoire, ne figurant pas dans cet article, ni même dans les Règles, n'est pas visée par la disposition précitée. Ainsi, l'absence d'interdiction permet de déduire la validité, en principe, d'une telle clause.

L'insertion des clauses d'arbitrage au contrat de transport maritime est expressément reconnue aussi bien par les Règles de Hambourg que par les Règles de Rotterdam. Les articles 22§1⁶² et 75§1⁶³, respectivement, énoncent la possibilité de recourir à l'arbitrage afin de trancher un litige issu du contrat régi par ses règles internationales. Nous verrons, par la suite, que ces textes soumettent, cependant, la validité de la clause à des conditions spécifiques.

⁶⁰ W. TETLEY, Q.C., "Arbitration & Jurisdiction in carriage of Goods by Sea and Multimodal transport – Can we have international uniformity?", *Droit Européen de Transport* 1998, vol. XXXIII, n° 6 p. 737, A. KPOAHOUN-AMOUSSOU, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, Thèse Université Aix-Marseille 3, PUAM, 1999, p. 61, M. F. STURLEY, « Jurisdiction under the Rotterdam Rules », <http://www.rotterdamrules2009.com/cms/uploads/Def.%20tekst%20Michael%20Sturley%2023%20OKT29.pdf> (consulté le 12/03/2014). Cet argument s'applique, de manière générale, à toute clause dérogatoire de compétence, à savoir les clauses de juridiction et d'arbitrage.

⁶¹ Art. 3, 8° Convention la Haye-Visby : « Toute clause, convention ou accord dans un contrat de transport exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité pour perte ou dommage concernant des marchandises provenant de négligence fautive ou manquement aux devoirs ou obligations édictées dans cet article ou atténuant cette responsabilité autrement que ne le prescrit la présente Convention, sera nulle, non avenue et sans effet. »

⁶² Art. 22 § 1 R. Hambourg : « Sous réserve des dispositions du présent article, les parties peuvent prévoir, par un accord constaté par écrit, que tout litige relatif au transport de marchandises en vertu de la présente Convention sera soumis à l'arbitrage. »

⁶³ Art. 75 § 1 R. Rotterdam : « Sous réserve du présent chapitre, les parties peuvent convenir que tout litige susceptible de naître à propos du transport de marchandises en vertu de la présente Convention sera soumis à l'arbitrage. »

ii. Les textes législatifs

28. – Depuis la signature de la Convention de 1924, la nécessité d'adopter des règles spécifiques pour chaque type de contrat visant l'acheminement des marchandises par voie maritime a été prise en compte par les Etats acteurs de premier plan du commerce maritime international⁶⁴. Le législateur français, en adoptant la loi de 1936, a repris les dispositions de la Convention de manière plus claire et en harmonie avec son système juridique⁶⁵. Depuis le 1^{er} décembre 2010, le nouveau Code des transports (ci-après « C. trans. » français)⁶⁶, est le texte en vigueur en matière de transport maritime. Avec ce texte, le législateur a mis fin à une série de confusions entre le contrat d'affrètement (et l'ensemble de ses sous-catégories⁶⁷) et le contrat de transport⁶⁸. Leur distinction juridique a été finalement bien précisée⁶⁹.

29. – En droit grec, le texte législatif applicable au contrat de transport et d'affrètement est le Code du droit maritime privé (ci-après : « CDMP » grec), modifié par la loi du 2107/1992, qui a ratifié la Convention de 1924⁷⁰. Dans ce texte, on observe une particularité par rapport à la conception du contrat de transport et d'affrètement. Tandis

⁶⁴ Les États signataires de la Convention avaient le choix entre lui donner une « force de loi » ou introduire les règles dans leurs ordres juridiques sous une forme adaptée à leur législation (Voir Protocole de signature, du texte officiel de la Convention de la Haye-Visby).

⁶⁵ En 1936, la France a adopté la Loi du 2 avril 1936 relative aux transports des marchandises par mer, reprenant, avec quelques modifications, le texte de la Convention de la Haye-Visby. La Convention a été aussi ratifiée par la France en 1937 (Loi du 9 avril 1936, D. d'application 25 mars 1937, *J. Officiel*, 8 avril). V. G. RIPERT, *Droit maritime*, T. II, 4^e éd., Paris, Ed. Rousseau et Cie, 1952, p. 260, § 1351, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 605, § 893.

⁶⁶ L'imperfection de la loi de 1936 imposait une réforme. Ainsi, une nouvelle loi française, celle de 1966, a été consacrée aux « Contrats d'affrètement et de transports maritimes » (Loi n° 66-420 du 18 juin 1966, *JO* 24 juin 1966, complétée par les décrets du 31 décembre 1966, décret n° 66-1078, *JO* 11 janv. 1967, et du 23 mars 1967, décret n° 67-268, *JO* 27 mars 1967). Cette loi a été modifiée et complétée à plusieurs reprises, à la suite de l'adoption des Protocoles modifiant la Convention de la Haye-Visby. Finalement, l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 « relative à la partie législative du code des transports » a abrogé les dispositions de la loi et les a intégrées dans la Partie Législative du nouveau Code de Transport. (Voir Code des Transports, Partie Législative, la Commission Supérieure de Codification, Les éditions des Journaux Officiels, 2011, Articles L5422-1 et suiv.)

⁶⁷ Ainsi, des règles pour les différents types de contrat d'affrètement ont été adoptées, en établissant une distinction entre affrètement au voyage, affrètement à temps et affrètement coque-nue. V. articles L.5423-8 et suiv. C. trans. français et dans ce Chapitre, *infra* n° 32 et suiv.

⁶⁸ Art. L5422-1 C. trans. français : « Par le contrat de transport maritime, le chargeur s'engage à payer un fret déterminé et le transporteur à acheminer une marchandise déterminée, d'un port à un autre. Ce contrat de transport s'applique depuis la prise en charge jusqu'à la livraison. » R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports*, T. II, Paris, Dalloz, 1968, p. 11, § 390, A. VIALARD, *Droit maritime*, Paris, PUF, 1997, Aix-en-Provence, 7 oct. 1993, *BTL* 1993, p. 795.

⁶⁹ Le droit français, tout comme le droit anglais et grec, a harmonisé le transport interne avec le transport international, régit pas la Convention de la Haye-Visby, tout en élargissant le champ d'application du C. trans. aux contrats de transport maritime pour lesquels aucun connaissance ni autre document équivalent n'a été émis.

⁷⁰ Le CDMP est entré en vigueur par la Loi 3816/26/28.2.1958. Le législateur grec a ainsi adopté un texte national pour l'harmonisation de son droit avec la Convention de la Haye-Visby de 1924. Enfin, en 1992, le législateur grec a aussi ratifié la Convention de 1924 par la loi 2107/1992, entrée en vigueur le 23 juin 1993, ainsi que les deux Protocoles modificatifs. Le CDMP grec a harmonisé le règlement du transport maritime interne et international. Les mêmes dispositions s'appliquent à la fois au contrat de transport, effectué avec ou, même, sans connaissance, et au contrat d'affrètement. Cette dernière particularité est due au fait que le CDMP grec régit de manière uniforme les deux contrats. (Voir A. KIANTOU-PAMPOUKI, *Ναυτικό Δίκαιο (Τόμος Δεύτερος) [Droit maritime (Deuxième Tome)]*, 6^{ème} éd., Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 2007, p. 9, § 111, A. ANTAPASSIS, *Les codes maritimes grecs*, Paris, LGDJ, 1983, p. 28, I. KOROTZIS, *Ναυτικό Δίκαιο, Κατ'άρθρο ερμηνεία του Κώδικος Ιδιωτικού Ναυτικού Δικαίου και των κυριότερων νεότερων νομοθετημάτων*

que dans l'histoire du droit des transports maritimes, le contrat de transport s'est démarqué, au fur et à mesure, du contrat d'affrètement, le CDMP grec de 1952 a établi l'uniformisation de ces deux types de contrat, en les soumettant à des dispositions communes⁷¹. Ainsi, les dispositions du Titre VI du Code en question sont destinées à couvrir à la fois le contrat d'affrètement (*stricto sensu*), le contrat de transport des marchandises et même le contrat de transport des passagers⁷².

Il a été expliqué, dans l'exposé des motifs de la loi, que le législateur, fidèle à l'histoire juridique de ces contrats, envisageait la réglementation à partir du contrat d'affrètement. Pourtant, conscient du changement qui était en train de s'opérer avec la séparation du contrat de transport des marchandises, non seulement dans la pratique, mais aussi dans la législation internationale, (cf. la Convention de 1924), le législateur grec n'a pas manqué d'introduire une disposition (cf. le paragraphe 2 de l'article 107 du CDMP) qui permet de soumettre le contrat de transport de biens à des règles spécifiques, et notamment aux textes internationaux en matière de transport maritime des marchandises.

30. – L'Angleterre, après avoir appliqué un droit des transports purement coutumier et jurisprudentiel tout au long du XIX^e siècle, a introduit la Convention de 1924 dans son ordre juridique⁷³, sans aucune modification, en adoptant le texte législatif du 1^{er} août 1924 : *The Carriage of goods by sea Act 1924*⁷⁴. La dernière version de cette loi est

και διεθνών συμβάσεων [Droit Maritime, Interprétation des articles du Code du droit maritime privé et des conventions internationales principales], Athènes – Komotini, Sakkoulas, 2005, p. 92).

⁷¹ A. KIANTOU-PAMPOUKI, *Ναυτικό Δίκαιο (Τόμος Δεύτερος) [Droit maritime (Deuxième Tome)]*, 6^{ème} éd., Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 2007, p. 7, § 111.

⁷² L'article 107 du CDMP grec prévoit que :

« *Le contrat d'affrètement [contrat d'affrètement lato sensu] a pour objet, moyennant un prix : a) l'utilisation du navire en totalité (affrètement total) ou en partie (affrètement partiel) à des fins de transport maritime [contrat d'affrètement stricto sensu] ; b) le transport des choses par mer (contrat de transport de choses) ; c) le transport des passagers par mer (contrat de transport des passagers).*

Les dispositions qui régissent l'affrètement total ou partiel s'appliquent au contrat de transport de choses à moins qu'il n'en soit autrement prescrit par la loi, ou stipulé expressément par les parties, ou qu'il n'en ressorte autrement de la nature du rapport juridique concerné.

Le contrat de passagers est régi par les dispositions spéciales du chapitre VII du présent titre. »

La traduction est reprise de l'ouvrage du Professeur A. ANTAPASSIS, *Les codes maritimes grecs*, Paris, LGDJ, 1983, p.136

⁷³ Le Royaume-Uni a formellement ratifié la Convention de la Haye-Visby, en modifiant *The Carriage of goods by sea Act 1924* suite à l'adoption du protocole du 1968, et introduisant finalement la loi « *The Carriage of goods by sea Act 1971* ».

⁷⁴ L'introduction de cette loi a eu lieu avant même l'adoption officielle de la Convention par les États signataires, le 25 août 1924. V. S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 222, § 15.09.

aujourd'hui en vigueur (modifié selon les Protocoles de 1968 et de 1979⁷⁵): *The Carriage of goods by sea Act 1971*⁷⁶ (ci-après « CGSA 1971 »)⁷⁷.

La distinction entre les contrats d'affrètement et les contrats de transport y figure également⁷⁸. Le terme générique des contrats d'affrètement, (« *Contract of Affreightment* ») est utilisé pour tout type de transport de marchandises, lorsqu'une personne accepte de transporter des marchandises par mer, contre le paiement d'un fret⁷⁹. La doctrine anglaise établit la distinction en fonction des caractéristiques précises de chaque transport des marchandises. Ainsi, les documents émis⁸⁰ à l'occasion de la conclusion de ces différents contrats « d'affrètement » (dans son terme générique), contiennent respectivement des termes spécifiques pour admettre la conclusion d'un contrat d'affrètement (*stricto sensu*) ou de transport maritime. Toutefois, si le transport est effectué en émettant des documents propres au contrat de transport, tels qu'ils sont décrits dans l'article I (b) CGSA 1971, il s'agit de « *contract of carriage* », et le régime de cette loi s'applique⁸¹.

31. – Les textes nationaux qui régissent le droit matériel du transport maritime ne traitent pas la question de l'insertion des clauses compromissaires dans ces types de contrats. Cohérent dans sa mission de légiférer dans son système juridique, le législateur national recourt aux lois sur l'arbitrage international afin de se prononcer sur les conditions d'incorporation de la clause compromissoire dans un contrat de transport maritime.

⁷⁵ La référence au Protocole de 1979 a été introduite par la loi « *Merchant Shipping Act 1981* », (art. 2.1).

⁷⁶ S. GIRVIN, *op. cit.*, p. 242, § 18.02, S.C. BOYD et al., *Scrutton on Charterparties*, 21^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2008, p. 26, Art. 14, S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 627, § 9-072.

⁷⁷ Ce texte a force de loi devant les Cours du Royaume-Uni (voir *The Hollandia (The Morviken)* [1983] 1 AC 565, S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 247, § 18.14). Il régit les contrats de transport réalisés sous connaissance ou sous documents équivalents, tant au niveau international que national (Section 1(3) CGSA 1971 dispose ainsi: “[...] where the port of shipment is a port in the United Kingdom [voir Grande Bretagne et Ireland du Nord], whether or not the carriage is between ports in two different states [...]”). L'article 1(6)(b) de la CGSA 1971 prévoit également la possibilité d'étendre le régime applicable imposé par cette loi aux transports effectués sous des documents non négociables (donc, sous l'émission des documents autres que le connaissance et les titres équivalents), tout en respectant des conditions précises (voir article 1(6)(b): “[...] the Rules shall have the force of law in relation to – (b) any receipt which is a non-negotiable document marked as such if the contract contained in or evidenced by it is a contract for the carriage of the goods by sea which expressly provides that the Rules are to govern the contract as if the receipt were a bill of lading, [...]”). Toutefois, à défaut de l'application des Règles de la Haye-Visby, les règles d'interprétation de contrats établies par les principes du *Common law* anglais s'appliquent. Il s'agit des principes d'interprétation issus de la jurisprudence (*case law*) sur le transport maritime en général, applicables tant au transport sous connaissance qu'au transport sous charte-partie. V. S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 591, § 9-001.

⁷⁸ S. GIRVIN, *op. cit.*, p. 20, § 1.41.

⁷⁹ S. GIRVIN, *op. cit.*

⁸⁰ Les chartes-parties ou les connaissances (ou autres documents négociables) de transport.

⁸¹ Art. I (b) CGSA 1971: “*Contract of carriage*” applies only to contracts of carriage covered by a bill of lading or any similar document of title, in so far as such document relates to the carriage of goods by sea, including any bill of lading or

B. Les caractéristiques du contrat de transport maritime de marchandises : Comparaison avec le contrat d'affrètement

32. – Même si l'objectif reste le déplacement des marchandises par la mer, les deux contrats se distinguent au niveau juridique⁸². Le contrat de transport porte uniquement sur le déplacement des biens, tandis que le contrat d'affrètement porte sur l'exploitation commerciale d'un navire, en vue d'acheminer des biens.

L'« affrètement », est conçu comme un contrat où la notion de louage du navire est intrinsèque, dans la mesure où le fréteur met à la disposition de l'affréteur un navire (en partie ou au total) afin de l'exploiter économiquement. Les modalités de cette exploitation varient entre l'exploitation pour son propre compte (à savoir le déplacement de ses propres marchandises vers ses propres locaux), l'entreprise des services de lignes régulières pour le transport des marchandises (à des tiers destinataires)⁸³ et l'exploitation par le biais d'un sous-affrètement⁸⁴ (dans ce cas, le sous-affréteur pourra également l'exploiter en choisissant l'une des modalités susmentionnées). Ainsi, lorsqu'un chargeur a besoin de transporter une marchandise précise, il loue un navire (ou une partie importante du navire) et partant de là, il devient un opérateur maritime⁸⁵. De manière générale, c'est le transport des cargaisons indivisibles et en vrac qui nécessite le plus souvent la location d'un navire dans sa totalité par les grands chargeurs, [cf. les vracs liquides – (par ex. hydrocarbures), les vracs secs (par ex. charbon), etc.⁸⁶].

any similar document as aforesaid issued under or pursuant to a charter party from the moment at which such bill of lading or similar document of title regulates the relations between a carrier and a holder of the same."

⁸² V. J.-P. BEURRIER, *Les droits maritimes*, 2^{ème} éd., Dalloz, Action, 2008, p. 392 § 345.12, où l'auteur se demande si la nature juridique se distingue clairement entre les deux contrats.

⁸³ G. RIPERT, *Droit maritime*, T. II, 4^e éd., Paris, Ed. Rousseau et Cie, 1952, p. 241, § 1339.

⁸⁴ Art. L 5423-5 C. trans. français : « L'affréteur peut sous-fréter le navire ou l'utiliser à des transports sous connaissance. »

⁸⁵ Au fil du temps, le marché maritime a relevé une autre pratique, celle des services dits « à la cueillette » ou « à la demande » (le « *tramping* »). Le *tramping* est une affaire dans laquelle l'armateur « prend des dispositions d'achat, de vente ou d'affrètement de navire en fonction de l'état des marchés concernés. Il s'agit d'un mode d'exploitation du navire voyageant à la demande de l'affréteur » (M. DOUET, *Les consortiums maritimes de lignes régulières*, Caen, Paradigme, 1985, p. 7). V. aussi : S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 14, § 1.28, P. BAUCHET, *Le transport international dans l'économie mondiale*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1991, p. 190.

⁸⁶ N. TERASSIER, *Stratégie de développement du transport maritime de lignes régulières*, Paris, Moreux, 1997, p. 31, AZEBAZE M., *Le contrat d'affrètement maritime : évolutions et perspectives*, Thèse Université de Paris I, 2009.

Le document émis lors de la conclusion d'un contrat d'affrètement est la « charte-partie »⁸⁷. Ce document peut être un *pro-forma* à remplir par les parties, ou une « charte-partie – type ». Les mentions imprimées dans le corps du texte varient en fonction du pouvoir de négociation des parties sur les modalités d'affrètement ainsi que des caractéristiques particulières des marchandises à transporter. La liberté contractuelle ainsi que la pratique contemporaine du commerce maritime ont offert la possibilité de conclure différents types de chartes-parties, correspondant à différents types d'affrètement (cf. « *Time trip charterparty* », « *Contracts of Affreightment or Volume Contracts* », etc.⁸⁸). Cependant, examinés de près, ces contrats peuvent être regroupés en trois catégories principales : l'affrètement à temps⁸⁹, au voyage⁹⁰ et à coque-nue⁹¹. Le facteur décisif pour

⁸⁷ Depuis l'époque du Moyen Age, il s'agissait d'un document très détaillé et assez lourd à rédiger. V. Sir S.L. PORTER, W.L. McNAIR, *Scrutton on Charterparties*, 13^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 1931, p. 1, A. KIANTOU-PAMPOUKI, *Ναυτικό Δίκαιο (Τόμος Δεύτερος) [Droit maritime (Deuxième Tome)]*, 6^{ème} éd., Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 2007, p. 2, § 109, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 499, § 741. Le nom vient du mot latin *carta-partita* qui signifiait un document de transport partagé en deux parties. Le porteur des deux parties pouvait à la fin du voyage, exiger de récupérer les biens transférés par le navire. R. CONFAVREUX, « Transports Maritimes, Affrètement Maritime », *Rép. Comm.*, Dalloz, 2000, § 11.

⁸⁸ S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 20, § 1.41 et suiv.

⁸⁹ V. L.5423-10 C.trans. français : « *Par le contrat d'affrètement à temps, le frèteur s'engage à mettre un navire armé à la disposition de l'affrèteur pour un temps défini.* » Lors de l'affrètement à temps, le frèteur met à la disposition de l'affrèteur un navire armé pour un temps défini. Le frèteur détient la gestion nautique du navire, comprenant la responsabilité de l'armer avec un équipage, le maintien de son bon état de navigabilité, l'entretien de la coque, des machines et des appareils, ainsi que la conduite et la manœuvre en mer dans les ports. L'affrèteur, à l'opposé, est responsable de la gestion commerciale du navire, qui recouvre les fonctions et les responsabilités relatives à l'utilisation réelle de celui-ci : les frais de ports et d'escales, pilotage, remorquage, etc. Durant la période de l'affrètement du navire, l'affrèteur peut l'exploiter, soit pour son propre compte, soit pour effectuer des transports maritimes (sous connaissements ou autres titres de transport), soit pour le sous-affréter à un tiers (devenant ainsi lui-même un frèteur vis-à-vis du sous-affrèteur). Les chartes-types les plus connues et utilisées pour l'affrètement à temps sont les chartes-parties créées par le *Baltic and International Maritime Council*, (« *BIMCO* ») : la charte-partie *Baltime* (1939, 1974 et 2001) et la charte-partie *Gentime*, ainsi que la charte-partie NYPE 93 (« *New York Procedure Exchange Form* »). V. R. CONFAVREUX, « Transports Maritimes, Affrètement Maritime », *Rép. Comm.*, Dalloz, 2000, § 7, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 509, § 750 et suiv., S.C. BOYD et al., *Scrutton on Charterparties*, 21^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2008, p. 311, Art. 172A, *Sea and Land Securities v William Dickinson* [1942] 2 K.B. 65, *Whistler International Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd (The Hill Harmony)* [2001] 1 *Lloyd's Rep.* p. 147, *Torvald Klaveness A/S v Arni Maritime Corp (The Gregos)*, HL, [1994] 4 All E.R., p. 998, [1995] 1 *Lloyd's Rep.*, p. 1. En droit grec, les dispositions sur l'affrètement *stricto sensu* s'appliquent à tous types d'affrètement, sans distinction entre l'affrètement à temps ou au voyage. La pratique du droit maritime et la liberté contractuelle laissée aux parties dans ce domaine des contrats (d'affrètement) parviennent à combler ce manque de réglementation spéciale. Pourtant, le terme « affrètement à temps » qui apparaît une fois dans l'article 150 CDMP, concernant le calcul du fret lors d'un affrètement à temps, ne facilite pas la tâche de l'interprétation et de l'application du droit par le monde juridique. I. KOROTZIS, *Ναυτικό Δίκαιο, Κατ'άρθρο ερμηνεία του Κώδικος Ιδιωτικού Ναυτικού Δικαίου και των κυριότερων νεότερων νομοθετημάτων και διεθνών συμβάσεων [Droit Maritime, Interprétation des articles du Code du droit maritime privé et des conventions internationales principales]*, Athènes – Komotini, Sakkoulas, 2005, p. 95.

⁹⁰ Art. L.5423-13 C. trans. français : « *Par le contrat d'affrètement au voyage, le frèteur met à la disposition de l'affrèteur, en tout ou en partie, un navire en vue d'accomplir un ou plusieurs voyages.* » Lors d'un affrètement au voyage, le frèteur détient de la gestion nautique et commerciale du navire et met le navire à la disposition de l'affrèteur en vue d'accomplir un ou plusieurs voyages. L'affrèteur au voyage peut également réaliser ce voyage afin de transporter des marchandises d'un port à un autre pour son propre compte. Ce type d'affrètement suppose que l'affrèteur soit également le chargeur de la marchandise qu'il souhaite transporter par voie maritime. Le frèteur, tout en détenant la gestion complète (commerciale et nautique) du navire demeure l'unique responsable et en charge d'assurer le transport des marchandises sous les ordres de l'affrèteur. L'opération de l'affrètement au voyage comme décrite ci-dessus se rapproche de l'opération du transport des marchandises des lignes régulières, sans pour autant se confondre avec cette dernière. Il existe également plusieurs chartes-types pour l'affrètement au voyage, mais les plus souvent utilisées sont le *Synacomex*, (préparée par le "Syndicat National du Commerce Extérieur des Céréales" et le "Comité Central des Armateurs de France", avec l'assistance de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris et de la Chambre Syndicale des Courtiers d'Affrètement Maritime et de Vente de Navires de France, et récemment approuvée par le Comité Documentaire de BIMCO), le *Gencon* (de BIMCO), tandis que d'autres chartes-

la distinction des différents types d'affrètement est la répartition de la gestion commerciale et nautique du navire et donc, la répartition de la responsabilité entre le fréteur et l'affréteur.

33. – Nous avons déjà indiqué qu'à partir du XVIII^e siècle, les commerçants souhaitant acheminer des quantités de marchandises moins importantes, sans être obligés d'affréter un navire dans sa totalité, s'adressent aux opérateurs qui entreprennent l'opération du transport des marchandises⁹². Ainsi, le transport est très souvent organisé par des opérateurs qui offrent des services de « lignes régulières », réalisant les mêmes trajets entre deux ports de manière régulière (« *liner* » en anglais)⁹³. Ces services de transport maritime sont conçus comme « *un mode d'exploitation particulière des navires qui se caractérise par la régularité, la continuité et la fiabilité du service. [...]. Aussi, le tarif publié par le transporteur fixe par avance les conditions du service et son prix*⁹⁴ ».

types spécifiquement rédigées pour le transport des produits particuliers. V. P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 509, § 751, S. GIRVIN, *op. cit.*, p. 22, § 1.47, et p. 535, § 31.01. Sur un plan économique, la majorité des cas d'affrètements au voyage est conclue dans le but d'acheminer des marchandises en vrac (hydrocarbures, grains, minerai) : P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 515, § 758.

⁹¹ Art. L.5423-8 C. trans. français : « *Par affrètement « coque-nue », le fréteur s'engage, contre paiement d'un loyer, à mettre, pour un temps défini, à la disposition d'un affréteur, un navire déterminé, sans armement, ni équipement ou avec un équipement ou un armement incomplet pour un temps défini.* » Dans l'affrètement coque-nue (« *bare-boat* » ou « *demise charterparty* » en anglais), le fréteur cède la gestion nautique et commerciale du navire, procédant pratiquement à une « location » d'un navire, ni armé ni équipé, à l'affréteur, qui s'occupera de son exploitation et de son armement. Le fréteur conserve seul la gestion financière du navire (« *capital cost* ») et il demeure responsable en sa qualité de propriétaire du navire, sans être lié par les obligations du contrat de son exploitation commerciale, qui est *in fine* à la charge de l'affréteur. Dans ce cas, l'affréteur peut exploiter le navire sous des modalités différentes, comme par exemple la prise en charge du transport des marchandises ou le sous-affrètement. Il existe la charte *Barecon* comme une charte spécifique pour l'affrètement coque-nue. En droit grec, ce type d'affrètement n'est pas non plus spécifiquement réglementé par la loi. Cependant, la doctrine et jurisprudence grecques reconnaissent l'affrètement coque-nue comme un contrat de location d'un navire ni armé ni équipé, comme en droit français. V. aussi à titre indicatif : I. KOROTZIS, *Ναυτικό Δίκαιο, Κατ'άρθρο ερμηνεία του Κώδικος Ιδιωτικού Ναυτικού Δικαίου και των κυριότερων νεότερων νομοθετημάτων και διεθνών συμβάσεων [Droit Maritime, Interprétation des articles du Code du droit maritime privé et des conventions internationales principales]*, Athènes – Komotini, Sakkoulas, 2005, p. 93, Cour d'appel de Pirée [Εφετείο Πειραιώς] 1961 / 1988, *E.N.A.* 1989, p. 409. V. dans ce sens la jurisprudence anglaise: *Bridge Oil Ltd v Owners and/or demise charterers of the ship Guiseppo di Vittorio* (The *Guiseppo di Vittorio*), N° 1, CA, [1998] 1 *Lloyd's Rep.* p. 136, et, N° 2, QBD, [1998] 1 *Lloyd's Rep.* p. 661, *Baumwoll Manufactur von Scheibler v Gilchrist & Co*, CA, [1892] 1 *Q.B.*, p. 253 (259).

⁹² R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. I*, Paris, Dalloz, 1967, p. 9, § 3.

⁹³ *Ibid.* V. aussi Règles de Rotterdam, Article Premier, § 3: « *Le terme « transport de ligne régulière » désigne le service de transport qui est proposé par voie de publicité ou par des moyens similaires et qui est effectué par des navires assurant une liaison régulière entre des ports déterminés suivant un calendrier de départs accessible au public.* » Très souvent, dans le cadre d'un affrètement à temps, l'affréteur, en tant que gestionnaire commerciale du navire, peut établir des « services de lignes régulières ». Il devient ainsi le « transporteur », en sus d'être l'opérateur maritime responsable du transport maritime. L'activité commerciale de l'affréteur à temps devient celle du service de transport maritime. En tant que « transporteur », il émet des « connaissements de lignes régulières », indépendamment du contrat d'affrètement qui régit toujours les relations entre l'affréteur et le fréteur du navire.

⁹⁴ N. TERASSIER, *Stratégie de développement du transport maritime de lignes régulières*, Paris, Moreux, 1997, p. 23 (30). Le même auteur souligne que les critères énoncés ne sont pas toujours respectés dans la pratique du transport de ligne régulière. Pourtant, faut de définition de ce type de transport maritime ou « d'instrument de mesures fiable », on déduit sa définition en opposant le transport tramping ou à la demande. La nature des relations entre le chargeur et le transporteur permet de différencier les deux types de transport.

Dans ces circonstances, l'acheminement des marchandises est réalisé suite à la conclusion d'un contrat de transport et à l'émission d'un « connaissance de lignes régulières » ou d'autres titres de transport⁹⁵. Contrairement au contrat d'affrètement qui est librement débattu, le contrat de transport s'inscrit dans la catégorie économique des contrats d'adhésion⁹⁶. C'est pour cette raison qu'un régime strict est applicable audit contrat afin de délimiter le pouvoir des transporteurs, face aux chargeurs (et aux destinataires)⁹⁷. L'absence de cette liberté lors de la négociation des termes du contrat de transport a sûrement incité la doctrine à se méfier des clauses insérées dans les conditions générales du transporteur, souvent assez réticent à en informer ses cocontractants⁹⁸.

34. – Même si les deux contrats, contrat de transport et contrat d'affrètement, sont clairement distingués dans les systèmes juridiques ici exposés, ils « se superposent »⁹⁹, notamment, dans le cas des contrats de transport exécutés sous couvert d'une charte-partie. Durant la période d'affrètement, pour un voyage précis, (cf. affrètement au voyage), l'affréteur peut, comme précité, l'exploiter soit pour son propre compte, soit pour effectuer des transports maritimes, soit pour le sous-affréter à un tiers. Le transport des marchandises, chargées par l'affréteur sur le navire et destinées à une tierce personne, est étroitement lié au contrat d'affrètement, déjà conclu entre cet affréteur et le fréteur. Le connaissance émis, à l'occasion de ce transport, est le « connaissance de charte-partie ». Ce titre indique que le transport a lieu suite à l'exécution d'un affrètement ayant précédemment mis un navire à la disposition du chargeur-affréteur. Ainsi, l'affréteur devient le chargeur des marchandises destinées à un tiers, tandis que le fréteur, en tant que gestionnaire commercial du navire, devient le « transporteur ».

Suivant la définition fournie par l'article Premier, § 3 des Règles de Rotterdam, précité, les contrats négociés sur le marché spot du *tramping* sont exclus des services de lignes régulières ainsi définis et alors du champ d'application des Règles.

⁹⁵ L'examen de ces titres fera l'objet d'une analyse par la suite. V. *infra* n° 39.

⁹⁶ A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαιτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυπλιακές συναλλαγές [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 256, F. POTAMIANOS, *Η σύμβασις θαλάσσιας μεταφοράς, Μεταφορά πραγμάτων, Τ. Α [Le contrat de transport maritime, Transport des marchandises, T. A]*, Athènes, s.n., 1962, § 36, O. CACHARD, « La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) », *JDI (Clunet)* 2012, p. 5 : « Le contrat de transport présentant alors les caractéristiques du contrat d'adhésion, il est opportun de définir un régime juridique limitant les excès de la liberté contractuelle ». Voir pour avis contraire : R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II*, Paris, Dalloz, 1968, p. 31, § 41.

⁹⁷ R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. I*, Paris, Dalloz, 1967, p. 221 (222), § 195.

⁹⁸ A. TSAVDARIDIS, *op. cit.*

⁹⁹ KERGUELEN-NEYROLLES B. (Dir.), *Lamy Transport Tome 2*, Lamy, 2014, n° 711.

L'exploitation économique du navire effectuée par l'opération de transport maritime ne doit pas être confondue avec le contrat d'affrètement qui, comme souligné auparavant, régit toujours le rapport contractuel entre l'affréteur et le fréteur. La charte-partie (au voyage) continue à lier les parties au contrat d'affrètement. Le contrat de transport, conclu à la suite de l'affrètement du navire, est un contrat indépendant, signé entre le destinataire des marchandises et les parties au contrat d'affrètement : le fréteur et l'affréteur. Nonobstant cette interférence des mêmes parties aux différentes relations contractuelles, le jeu de la relativité des contrats¹⁰⁰ continue à les lier séparément. Ainsi, le contrat d'affrètement continue à régir les relations entre le fréteur et l'affréteur, tandis que le contrat de transport régit les relations du chargeur (cf. l'affréteur) et du transporteur (cf. le fréteur) vis-à-vis du tiers destinataire des marchandises.

L'acheminement des marchandises à une tierce personne dans ce schéma commercial, entraîne un changement de qualité et du régime applicable à chacun de ces opérateurs initiaux. Les parties au contrat d'affrètement deviennent aussi parties au contrat de transport maritime conclu par la suite avec le tiers destinataire¹⁰¹. Ainsi, suite à l'exécution du contrat d'affrètement, un contrat de transport se forme sous couvert de la charte-partie¹⁰². La succession de deux contrats (avec presque les mêmes parties) est marquée par l'émission et la circulation, entre les mains d'un tiers, d'un document de transport combiné avec le document de la charte-partie : le « connaissance de charte-partie ».

Le point de rencontre du contrat d'affrètement et du contrat de transport maritime se manifeste dans le connaissance de charte-partie, en tant que titre de transport. Les clauses insérées dans ce titre engagent les parties au contrat, à l'occasion duquel il est émis. Or, des ambiguïtés existent tant sur le contrat donnant naissance à son émission que sur l'identité des parties qui y participent. C'est pour cette raison qu'il convient de cerner la forme et d'analyser les fonctions du titre de transport, avant de rechercher l'efficacité de la clause compromissoire insérée dans ce document.

¹⁰⁰ Ce principe est dicté par l'article 1165 C.civ. français : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes [...]* », et également adopté par le droit grec et le droit anglais des contrats [cf. le principe de « *privity of contracts* » (voir S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 113, § 9.01, S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 146, § 4-002)].

¹⁰¹ V. A. ROYER-FLEURY, *Essai d'une théorie juridique du connaissance et des autres titres de transport maritime*, Thèse Université de Nantes, [microfiche], 2004, p. 121, § 177 : le connaissance reste un reçu de marchandise pour les relations des fréteurs-affréteurs, mais aussi une preuve du contrat de transport conclu entre ceux-ci et le destinataire, tiers porteur du connaissance.

¹⁰² KERGUELEN-NEYROLLES B. (Dir.), *Lamy Transport Tome 2*, Lamy, 2014, n° 595.

§2. Les titres émis à l'occasion d'un transport maritime de marchandises

35. – Sur ce point, il est essentiel de souligner que dans les systèmes juridiques français, grec et anglais, la formation de deux contrats, contrat d'affrètement et contrat de transport, n'est soumise à aucun formalisme¹⁰³. Conformément à leur nature consensuelle, la seule volonté des parties suffit pour former et conclure le contrat. Pourtant, lors de la conclusion de ces deux contrats, il est presque toujours prévu l'émission de certains documents accompagnant les marchandises pendant leur trajet. Ces documents ne sont que des titres spécifiques et accessoires à la conclusion du contrat d'affrètement ou de transport des marchandises et ne sont surtout pas exigés à titre de validité¹⁰⁴.

En ce qui concerne les documents émis lors d'un contrat de transport maritime, la pratique est assez riche, démontrant une grande variété de titres de transport. En examinant les caractéristiques principales de ces documents (A), nous arrivons à distinguer deux catégories de documents, sur la base de la fonction de la « négociabilité » (B). Bien que la pratique ait, parfois, favorisé l'utilisation de titres de transport non négociables, le document le plus important du transport maritime est le connaissement, qui entre dans la catégorie des documents négociables.

A. Les caractéristiques principales des titres de transport maritime de marchandises

36. – Les documents de transport remplissent au moins deux fonctions principales : ils constatent le chargement de la marchandise à bord du navire et constituent la preuve du contrat de transport. L'originalité du connaissement et des titres équivalents tient à une troisième fonction, celle de négociabilité¹⁰⁵.

¹⁰³ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 513, § 757, A. KIANTOU-PAMPOUKI, *Ναυτικό Δίκαιο [Droit maritime]*, 3^{ème} éd., Thessalonique, Sakkoulas, 1993, p. 260, S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 97, § 3-001. Une exception existe, en droit français, en ce qui concerne les contrats d'affrètement à temps et les contrats d'affrètement coque-nue conclus pour une durée supérieure à un an. Ces conventions doivent être conclues par écrit sous peine de nullité (voir Art. L. 5423-2 C. trans. fr.).

¹⁰⁴ S.C. BOYD et al., *Scrutton on Charterparties*, 21^{ème} éd., London : Sweet & Maxwell, 2008, p. 63, Art. 33, on cite « [t]he bill of lading is not the contract, [...] »

¹⁰⁵ KERGUELEN-NEYROLLES B. (Dir.), *Lamy Transport Tome 2*, Lamy, 2014, n° 643 (646), P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 669, § 984 et suiv.

La distinction des documents de transport entre titres négociables ou non négociables est retenue par la Convention de 1924. Son régime juridique (d'ordre public) s'applique au transport réalisé sous l'émission d'un « connaissance » ou d'un « titre équivalent » ou un « document similaire »¹⁰⁶. Toutefois, les autres textes internationaux, Règles de Hambourg et Règles de Rotterdam, n'excluent pas de leur champ d'application le transport effectué sous un titre non négociable¹⁰⁷. Par ailleurs, en France, en Angleterre et en Grèce, l'application du régime strict au transport maritime ne dépend pas de la nature du titre de transport émis à cette occasion¹⁰⁸.

N'étant plus une caractéristique décisive pour l'application du régime strict du transport maritime, la négociabilité du titre de transport préserve néanmoins une influence importante sur la détermination du régime applicable aux clauses y figurant, et plus particulièrement sur l'efficacité de la convention d'arbitrage qui nous intéresse.

37. – Depuis la dissociation des contrats d'affrètement et des contrats de transport maritime, les armateurs n'exigent pas la rédaction de la charte-partie pour la réalisation d'un transport maritime. Il suffit d'utiliser un document plus simple, celui du « connaissance »¹⁰⁹. Dans un premier temps, ce document atteste, tout simplement, du chargement des marchandises sur le navire¹¹⁰. Aujourd'hui, malgré la distinction entre « connaissance reçu pour embarquement » et « connaissance embarqué », les deux attestent la prise en charge de la marchandise par le transporteur¹¹¹.

Par ailleurs, ce même document atteste la conclusion d'un contrat de transport maritime. Étant donné la nature consensuelle du contrat de transport, le connaissance ne constitue

¹⁰⁶ Le titre même de la Convention de la Haye-Visby en atteste (« Pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance »). V. aussi article 3 § 3 de cette Convention.

¹⁰⁷ Article Premier §§ 14 -18 des Règles de Rotterdam, Article 18 Règles de Hambourg.

¹⁰⁸ V. *supra* n° 28.

¹⁰⁹ CENTRE D'ETUDE ET DE RECHERCHE DE DROIT INTERNATIONAL ET DES RELATIONS INTERNATIONALES, *Le droit international des transports maritimes*, Pays-Bas, Nijhoff, 2001, p. 132.

¹¹⁰ S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 39, § 3.04, A. KIANOU-PAMPOUKI, *Navtikó Dikao [Droit maritime]*, 3^{ème} éd., Thessalonique, Sakkoulas, 1993, p. 311, § 87.

¹¹¹ L'article L. 5422-3 § 2 C. trans. français contient cette distinction. Ainsi que la Convention de Bruxelles (Art.3 § 3) et les Règles de Hambourg (art. 15 § 2). En droit grec, seule le connaissance « embarqué », émis après l'embarquement des marchandises est reconnu (art. 125 § 1 CDMP grec). Ainsi, en droit grec, et également dans la pratique internationale, il existe un document avec la note « *reçu pour embarquement de la marchandise* » qui correspond à la prise en charge de la marchandise par le transporteur, avant l'embarquement. Souvent le document est dénommé « *note de chargement* » ou « *ordre de mise à quai* ». Ensuite, une fois la marchandise chargée à bord du navire, ce document peut se transformer en connaissance « embarqué », par la délivrance d'un nouveau titre ou par l'apposition d'un tampon « *on board* » sur le document initial.

qu'un document de preuve des conditions contractuelles du transport spécifique. Le titre de transport, par ex. le connaissement, devient l'*instrumentum*¹¹² du contrat de transport et vaut preuve des obligations du transporteur et des obligations du chargeur¹¹³. Il est même, parfois, considéré comme le seul moyen de preuve du contrat de transport¹¹⁴. L'absence des mentions qui peuvent ou doivent figurer sur le titre n'entraînent pas la nullité du contrat¹¹⁵.

En l'absence d'un titre de transport, d'autres moyens de preuve peuvent être admissibles, comme un simple écrit ou au besoin des témoignages et des présomptions¹¹⁶. La conclusion du contrat de transport peut avoir lieu par un échange écrit ou par un simple accord verbal¹¹⁷. Même en présence d'un titre de transport, les parties peuvent également rédiger un accord extérieur, précisant les droits et les obligations des parties¹¹⁸. Le juge détient le pouvoir discrétionnaire d'apprécier tout écrit, en tant qu'élément de preuve du contenu du contrat de transport¹¹⁹.

38. – La troisième fonction, attribuée au connaissement, est celle de titre représentatif des marchandises. Les documents représentant les marchandises sont de nature négociable¹²⁰. Il s'agit des documents à la fois aptes à incorporer des droits, comme la valeur réelle des marchandises, et destinés à circuler entre plusieurs mains, autrement que par une cession ordinaire. La négociabilité permet une circulation plus simple, tout en supposant une

¹¹² Un titre du transport, en tant qu'*instrumentum*, constate le contrat de transport. V° « *Instrumentum* » in G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., PUF, 2011 : « Terme lat. signifiant 'document', 'pièce', utilisé pour désigner dans un acte juridique l'écrit qui le constate, par opposition au *negotium*. [...] »

¹¹³ V. à titre indicatif Versailles, 31 mai 2001, *BTL* 2001, n° 2913, p. 728, Aix-en-Provence, 31 oct. 1991, *BTL* 1992, p. 478.

¹¹⁴ Ainsi, en droit anglais, le connaissement émis sous charte-partie et adressé au tiers destinataire des marchandises, est considéré comme l'unique preuve (« *the only evidence* ») du contrat avec cette personne [S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 106, § 3-009, *George Kallis Ltd v Succes Insurance Ltd* [1985] 2 *Lloyd's Rep.* p. 8 (11)].

¹¹⁵ Nous verrons par la suite que la jurisprudence rendue, pendant un moment, en France, exigeait la signature du chargeur sur ce titre comme condition de validité. Or, la doctrine s'est opposée à cette pratique qui méconnaissait la nature consensuelle du contrat de transport, avant que la loi supprime finalement toute exigence de signature sur le titre de transport. V. *infra* n° 201 et suiv.

¹¹⁶ A. KIANTOU-PAMPOUKI, *Ναυτικό Δίκαιο [Droit maritime]*, 3^{ème} éd., Thessalonique, Sakkoulas, 1993, p. 261, § 73, F. POTAMIANOS, *Η σύμβασις θαλάσσιας μεταφοράς, Μεταφορά πραγμάτων, Τ. Α [Le contrat de transport maritime, Transport des marchandises, T. A]*, Athènes, s.n., 1962, p. 38, § 23, N. DELOUKAS, *Ναυτικό Δίκαιο [Droit maritime]*, 2^{ème} éd., Athènes, Sakkoulas, 1979, p. 261, § 171, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 641, § 942, B. MERCADAL, « Le contrat de transport », *Rép. comm.*, Dalloz, 2008, § 32, R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II*, Paris, Dalloz, 1968, p. 33, § 415.

¹¹⁷ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 513, § 757.

¹¹⁸ Il faut pourtant souligner que les accords extérieurs au contrat sont en principe inopposables au destinataire, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *ibid.*, p. 634, § 931.

¹¹⁹ Nous verrons par la suite que la limite sera la protection du tiers porteur du titre de transport, à l'encontre de qui le transporteur ne peut pas faire valoir l'inexactitude des mentions du titre.

sécurité du titre. Or, on notera que les titres de transport négociables, puisqu'ils ne remplissent pas les mêmes fonctions que les effets de commerce, n'arrivent pas à offrir les mêmes garanties de sécurité¹²¹.

Souvent, ce document est utilisé par les marchands afin de conclure des contrats de ventes maritimes ou comme un titre de crédit. La particularité de ce document permet d'effectuer la vente ou la mise en gage des marchandises pendant leur acheminement, par la simple remise du connaissement à l'acheteur ou au banquier¹²². Les transactions commerciales sont réalisées sans l'obligation de restituer les biens. Le vrai sens de la négociabilité réside surtout dans la possibilité de transférer la possession ou, même, la propriété des marchandises en faisant circuler le document négociable¹²³.

Cette caractéristique, exclusivement réservée aux connaissements et aux titres équivalents, est la base de la distinction entre les deux principales catégories de documents de transport : les titres négociables et les titres non négociables.

B. Les catégories de titres de transport maritime de marchandises

39. – Manifestement, le titre de transport négociable le plus utilisé est celui du « connaissement » (1). Toutefois, d'autres titres de transport non négociables issus de la pratique maritime, ont été élaborés aux fins d'acheminement de marchandises (2).

¹²⁰ Ch. GAVALDA, J. STOUFFLET, *Instrument de paiement et de crédit, Effets de commerce, chèque, carte de paiement, transfert de fonds*, 7^{ème} éd. rédigée par J. STOUFFLET, Paris, Litec, 2009, p. 12, T. SCHMITZ, « The bill of lading as a document of title », *J.I.T.L. & P.* 2011, p. 255.

¹²¹ Ch. GAVALDA, J. STOUFFLET, *op. cit.*

¹²² V. CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Règles et usances uniformes de la CCI relatives au crédit documentaire*, Révision 1993, Paris, CCI, 1993, Article 23

¹²³ S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 39, § 3.05, S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 323, § 6-002 et suiv., S.C. BOYD et al., *Scrutton on Charterparties*, 21^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2008, p. 169, Art. 94. En droit anglais, le titre négociable ("negotiable document of title") est défini tant par les principes de *Common law* que par la loi écrite. Selon la définition du *Common law*, donnée par l'arrêt *Lickbarrow v Mason* [(1787) 2 T.R. 63, (1973) 2 H.B. 1. 211], le transfert d'un titre négociable permet le transfert de la possession et de la propriété sur les marchandises, si cela est l'intention du cédant du titre au cessionnaire. Dans la loi anglaise « *Factors Act 1889* », le connaissement (« *Bill of lading* ») figure dans la catégorie des documents : « *documents of title* ». Cependant, dans cette catégorie de la loi, nous retrouvons aussi d'autres documents qui ne sont pas de titres négociables selon les critères du *Common law*. Dans ce cas, le transfert de tels titres permet aussi le transfert de la propriété sur les biens incorporés, et cela indépendamment de l'intention du cédant.

i. Les titres de transport négociables

40. – En vertu des articles L. 5422-3 C. trans. français¹²⁴, 125§1 CDMP grec et *Schedule 1*, III.3 CGSA 1971, a près l'arrimage, le transporteur ou son représentant délivrent un connaissement à la demande du chargeur¹²⁵. Cette possibilité est aussi prévue tant par la Convention de 1924 (art. 3§3) que par les Règles de Hambourg (art.14§1). Les Règles de Rotterdam, même si elles ne se réfèrent pas au terme de « connaissement », prévoient la possibilité pour le chargeur d'obtenir du transporteur un titre de transport négociable (ou non) qui peut, par conséquent, prendre la forme d'un connaissement¹²⁶.

Toutefois, le transporteur n'est plus obligé d'émettre un tel titre à la demande du chargeur (pourtant la doctrine estime que *de facto* les transporteurs continueront à le délivrer¹²⁷). Aussi, en vertu de l'article 3§3 de la Convention de 1924, le connaissement est établi par le transporteur ou le capitaine ou l'agent du transporteur¹²⁸.

Nous avons déjà fait référence aux connaissements de « lignes régulières » émis souvent par un opérateur organisant le service des lignes régulières¹²⁹. Il s'agit d'un document pré-imprimé, contenant des mentions juridiques au recto-verso. Sur le recto du document, on retrouve des mentions précisant les informations sur le transport qui sera effectué en l'espèce¹³⁰, tandis qu'au verso du document figurent, en petits caractères, les conditions

¹²⁴ Art. L. 5422-3 C. trans. fr. : « [l]e transporteur ou son représentant délivre au chargeur, sur sa demande, un écrit dénommé connaissement.

Ce document vaut présomption, sauf preuve contraire, de la réception par le transporteur des marchandises, telles qu'elles y sont décrites. Toutefois, la preuve contraire n'est pas admise lorsque le connaissement a été transféré à un tiers porteur de bonne foi. »

¹²⁵ Le transporteur n'est pas tenu de remettre un tel titre spontanément au chargeur, si celui-ci ne le réclame pas (A. VIALARD, *Droit maritime*, Paris, PUF, 1997, p. 378, A. KIANTOU-PAMPOUKI, *Ναυτικό Δίκαιο [Droit maritime]*, 3^{ème} éd., Thessalonique, Sakkoulas, 1993, p. 312, § 87).

¹²⁶ Règles de Rotterdam, art. 1^{er}, §§ 14 – 20, art. 35.

¹²⁷ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 637, § 935.

¹²⁸ L'identification du transporteur réel est aussi une question importante lors de l'établissement du connaissement, afin d'identifier la personne réellement partie au contrat et susceptible d'être soumise à celui-ci. V. P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 642, § 946.

¹²⁹ Sans pour autant que cela ne constitue une règle, car d'autres titres non négociables peuvent également être émis par le transporteur de lignes régulières.

¹³⁰ Il est utile aussi de mentionner qu'il existe trois types de connaissement en fonction de la personne ayant droit aux marchandises :

1) le connaissement peut être émis « à ordre », indiquant le nom du destinataire ainsi que la mention « à ordre » afin de permettre la transmission du titre par endossement (l'apposition d'une signature portée au verso du titre) ;

2) il peut également être émis « au porteur », sans aucune indication sur le nom du destinataire, réservant les droits issus du titre au simple « porteur » du connaissement (la transmission d'un tel titre a lieu par simple tradition à la main du porteur). L'émission d'un connaissement au porteur, sous le régime du droit grec, est considérée comme un titre non négociable qui ne suscite pas directement l'application de la Convention de la Haye-Visby. Toutefois, nous l'avons souligné, le droit grec applique le régime de transport maritime même aux contrats de transport effectué sans l'émission d'un titre négociable (cf. sans un connaissement). Donc, en droit grec, le connaissement au « porteur » n'est pas un titre négociable mais reste capable de constituer la preuve d'un contrat de transport maritime, suscitant aussi l'application des dispositions d'ordre public. Le transporteur peut soulever les exceptions issues du contrat de transport même à l'encontre du porteur de bonne foi. L'interdiction de soulever les dispositions du contrat de transport est imposée au transporteur à l'encontre du porteur d'un connaissement à ordre (parce que la transmission de ce document a lieu par endossement). (Voir A. KIANTOU-PAMPOUKI, « Current developments concerning the form of bills of lading », *RHDI* 47 (1994), p. 257 (262), I. MARKOU, *Το δίκαιο της θαλάσσιας φορτωτικής [Le connaissement en droit grec]*, Athènes – Komotini, A. N. Sakkoulas, 2004, p. 297, A.

générales de transport, établies par l'opérateur des lignes régulières. Lorsque les conditions générales du transporteur contiennent une clause d'arbitrage, celle-ci figure dans cette page du document. Dans la pratique, nous rencontrons rarement¹³¹ des clauses d'arbitrage dans les conditions générales de ces connaissements¹³². Au contraire, l'insertion des clauses de juridiction, attribuant compétence aux tribunaux du siège, souvent, du transporteur, est, depuis longtemps, une pratique établie dans le domaine du transport maritime¹³³.

Plusieurs types de connaissement de lignes régulières existent¹³⁴. Un de ces types est le « connaissement direct »¹³⁵. L'armement ou la compagnie maritime qui expédie ce connaissement se charge d'assurer le transbordement et d'expédier la cargaison jusqu'au port de destination, en cas de transport mixte (en partie maritime et en partie terrestre, fluvial ou aérien) ou de transports maritimes successifs¹³⁶. Aussi, par souci de rendre les conditions du transport mixte ou combiné plus favorables aux utilisateurs, la pratique a développé un autre type, le connaissement de « transport combiné ». Ce connaissement permet de prendre en compte la totalité de l'opération de transport (phase de pré-transport

KIANTOU-PAMPOUKI, *Ναυτικό Δίκαιο (Τόμος Δεύτερος) [Droit maritime (Deuxième Tome)]*, 6^{ème} éd., Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 2007, p. 329, § 184) ; finalement,

3) il existe le connaissement nominatif, selon lequel le nom du destinataire est indiqué sur le document sans la mention « à ordre » ; sa transmission a lieu par la cession, dénouant, par conséquent, le titre de toute souplesse d'une transmission par endos ou par remise. Le droit anglais a refusé pendant longtemps d'attribuer à un tel connaissement (« *straight bill of lading* ») le titre de document négociable représentant la marchandise et donc susceptible d'être soumis au régime de la Convention de la Haye-Visby. Toutefois, un revirement de la jurisprudence récente a suscité l'alignement sur ce point des trois ordres juridiques, anglais, français et grec. (Voir P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 668, § 983, S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 339, § 6-015, Jurisprudence anglaise ("English case law"): *The Happy Ranger* [2002] EWCA Civ. 694, [2002] 2 All E.R. (Comm.) 24, *The Rafaela S.* [2005] UKHL 11, [2005] 1 *Lloyd's L. R.* p. 347, Y. TASSEL, "Le cas du *Rafaela S.* ou l'indélicat connaissement nominatif", *DMF* 2005, p. 785, A. KIANTOU-PAMPOUKI, *Ναυτικό Δίκαιο (Τόμος Δεύτερος) [Droit maritime (Deuxième Tome)]*, *op. cit.*, p. 329, § 184).

¹³¹ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 806, § 1166, A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαιτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 251, R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. I*, Paris, Dalloz, 1967, p. 399, § 369, D. MARKIANOS, note sous Tribunal de Première instance de Pirée [Πρ. Πειρ.] 1021/1967, *E.Εμπ.Δ.* 1967, IH⁹, p. 247 et suiv., R. FORCE, A. J. MAVRONICOLAS, "Two models of maritime dispute resolution : litigation and arbitration", *Tul. L. Rev.* 1991, vol. 65, p. 1461 (1464).

¹³² Les connaissements de lignes régulières : *Conlinebill* (émis par BIMCO) et *CGM French Lines* (émis par le groupe français du transport de conteneurs CMA CGM), les plus utilisés dans la pratique, contiennent des clauses d'attribution de compétence à un juge étatique. Le premier prévoit la saisine du juge du lieu où le transporteur a son domicile principal, tandis que le deuxième donne compétence à la Cour de Marseille.

¹³³ A. KPOAHOUN-AMOUSSOU, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, Thèse Université Aix-Marseille 3, PUAM, 1999, p. 35 et suiv. V. O. CACHARD, « Maritime arbitration under the ICC Rules of Arbitration », *Bull. ICC* 2011, vol. 22, n° 1, p. 31 (32) : l'auteur souligne que les clauses d'arbitrage sont traditionnellement insérées dans les chartes-parties, contrairement aux contrats de transport qui contiennent généralement des clauses d'attribution de juridiction.

¹³⁴ Voir KERGUELEN-NEYROLLES B. (Dir.), *Lamy Transport Tome 2*, Lamy, 2014, n° 661, n° 665, S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 40, § 3.07).

¹³⁵ Le *Conlinebill* est un connaissement direct (en anglais: "*through bill of lading*"). V. B. KERGUELEN-NEYROLLES (Dir.), *idem*, n° 661. V. S. GIRVIN, *op. cit.*, p. 40, § 3.07, S.C. BOYD et al., *Scrutton on Charterparties*, 21^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2008, p. 332, Art. 180.

¹³⁶ B. KERGUELEN-NEYROLLES (Dir.), *op. cit.*

terrestre, fluvial ou aérien, phase de transport maritime et phase post-transport) et de les regrouper dans un seul contrat, en les traitant sous un régime juridique unique.

La forme du texte des deux variantes précitées suit celle des connaissements de lignes régulières. Au verso, figurent toujours les conditions générales du transport effectué par la compagnie maritime ou l'armateur qui s'en charge, tandis qu'au recto, les modalités du transport en question se concrétisent. Néanmoins, on assiste, actuellement, à une évolution de la forme du connaissement vers la création de connaissements « *short form* »¹³⁷. Ce sont des connaissements simplifiés, au verso desquels ne figurent pas les conditions du transport, mais seul un renvoi aux conditions générales du transporteur. Cette pratique soulève des questions concernant la clause compromissoire qui figure dans ces conditions générales, auquel le renvoi du document de transport fait référence. L'incorporation des clauses contractuelles détermine aussi le sort donné à l'incorporation de la clause d'arbitrage figurant dans les conditions générales de transport. Or, cette approche méconnaît les particularités de ladite clause, soumise à des conditions d'incorporation spéciales, inhérentes aux normes particulières applicables en matière d'arbitrage international.

41. – L'incorporation de la clause compromissoire dans le titre de transport se pose également pour le « connaissement de charte-partie ». Comme nous l'avons vu, la charte-partie est le document émis à l'occasion d'un contrat d'affrètement d'un navire. Il peut être rédigé en plusieurs types, incorporant les clauses librement négociées entre les parties. L'insertion des clauses d'arbitrage dans ce document est la règle dans ce domaine commercial¹³⁸.

Lors d'un affrètement, il est également possible d'émettre un connaissement, représentant, dans un premier lieu, la marchandise reçue à bord du navire¹³⁹. Lorsque ce connaissement est transmis à un tiers (une personne autre que les parties au contrat d'affrètement), dans le but de lui envoyer la marchandise, un contrat de transport se

¹³⁷ Il est soutenu que cette pratique est moins fréquente aujourd'hui. (Voir P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 640, § 939).

¹³⁸ B. HARRIS, M. SUMMERSKILL, S. COCKERILL, « London maritime arbitration », *Arb. Int'l* 1993. vol. 9, n° 3, p. 275, A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαίτησία, Η ιδιόρροθη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές* [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales], Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 176.

conclut à l'évidence avec le destinataire de la marchandise. A partir de ce moment-là, à l'égard du tiers, le transport des marchandises s'effectue en vertu du contrat d'affrètement¹⁴⁰, selon les modalités précisées sur le connaissement de charte-partie. Le connaissement passe d'une simple « preuve de la réception des marchandises » à un document de « preuve du contrat de transport » et à un « titre négociable ».

Le connaissement de charte-partie conserve les trois fonctions classiques d'un connaissement, preuve de réception de marchandises, preuve du contrat de transport sous connaissement et titre négociable. Il est aussi considéré comme un titre « attributif d'un régime juridique, celui du transport sous connaissement »¹⁴¹, car il attribue la qualité juridique de transporteur au fréteur vis-à-vis du destinataire, tiers porteur du titre, tout en alourdissant ses obligations contractuelles envers ce dernier¹⁴².

Aujourd'hui, le connaissement de charte-partie est fréquemment utilisé pour l'acheminement des marchandises. Il est établi sous une forme simplifiée et spéciale¹⁴³. Le recto du connaissement contient les mentions insérées également dans les autres types de connaissements concernant le transport en l'espèce¹⁴⁴. Par contre, au verso du document, figurent des clauses succinctes précisant des conditions générales, et surtout une clause de renvoi, ayant vocation à incorporer les conditions générales figurant sur la charte-partie, à

¹³⁹ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 525, § 770.

¹⁴⁰ KERGUELEN-NEYROLLES B. (Dir.), *Lamy Transport Tome 2*, Lamy, 2014, n° 595.

¹⁴¹ A. ROYER-FLEURY, *Essai d'une théorie juridique du connaissement et des autres titres de transport maritime*, Thèse Université de Nantes, [microfiche], 2004, p. 122, R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. I*, Paris, Dalloz, 1967, p. 222, § 195, *ibid. T. II*, Paris, Dalloz, 1967, p. 63, § 447, Convention de 1924, art. 1, al. 2.

¹⁴² La délivrance du connaissement de charte-partie soumet la relation des parties au contrat d'affrètement vis-à-vis du tiers destinataire de la marchandise au régime stricte et d'ordre public de contrats de transport maritime. La délivrance d'un autre titre de transport (non négociable), par exemple la Lettre de Transport Maritime, aura la même conséquence, cf. la soumission de l'opération à l'égard du destinataire, au régime du transport maritime, si l'engagement des parties se présente comme tel à l'origine. Autrement dit, la fonction de représentation des marchandises d'un titre de transport attribue sans doute le régime du transport sous connaissement, tandis qu'en absence d'un tel titre, le régime s'applique lorsque la volonté des parties témoigne leur intention d'assumer des obligations du contrat de transport maritime. V. R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II*, Paris, Dalloz, 1968, p. 63, § 447, Paris, 9 juin 1965, DMF 1966, p. 212.

¹⁴³ Le connaissement de charte-partie le plus connu dans la pratique c'est le connaissement type *Congenbill* proposé par la BIMCO (« *Baltic and International Maritime Council* »). Le connaissement *Congenbill* contient une clause expresse faisant référence aux termes et conditions de la charte-partie : « *All terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, including the Law and Arbitration Clause, are herewith incorporated.* » Mise à part cette clause, sur le connaissement, existe encore une référence indiquant « *to be used with Charter Party* ». De manière générale, la charte-partie à voyage largement utilisée et proposée par BIMCO est celle de *Gencon*, contenant une clause d'arbitrage de BIMCO. Trois clauses-types sont proposées par BIMCO en matière d'arbitrage, offrant trois options quant à la loi applicable et le siège de l'arbitrage [cf. 1. Londres (droit anglais applicable), 2. New York (droit américain applicable), et 3. Singapour (droit anglais applicable)]. Il est ainsi essentiel que les parties au connaissement (cf. le destinataire) aient accès à la charte-partie bien identifiée sur le document du connaissement, sous laquelle le connaissement est émis, afin de se renseigner sur la clause d'arbitrage en vigueur. V. S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 44, § 3.14.

l'exécution de laquelle le titre de transport est émis¹⁴⁵. L'émission d'un connaissement de charte-partie soulève la question si les clauses de charte-partie peuvent être invoquées lors d'un litige entre les parties de la charte-partie, d'une part, et le tiers porteur du connaissement, d'autre part, lorsque le connaissement y renvoie sans précisions.

42. – Il convient aussi de faire une brève référence aux autres titres élaborés dans la pratique du transport maritime et constituant des documents négociables¹⁴⁶. Chaque type de document contient des caractéristiques différentes concernant, soit les modalités du transport (Connaissement FIATA¹⁴⁷), soit la responsabilité de l'opérateur qui organise le transport (Connaissement émis par les NVOCC¹⁴⁸). Nous citerons également la « note de chargement »¹⁴⁹, appelée également « note d'expédition » ou « avis d'expédition », qui constitue aussi un titre de transport négociable.

ii. Les titres de transport non négociables

43. – Les praticiens du commerce maritime sont souvent sceptiques face à la complexité et à la sophistication du connaissement comme titre de transport¹⁵⁰ et c'est la raison pour laquelle, ces derniers cherchent d'autres types de document de transport, sans vouloir nécessairement profiter de la négociabilité du titre.

¹⁴⁴ Il arrive souvent que le nom du transporteur ne figure pas sur le connaissement. Cette pratique soulève des questions par rapport à l'identification des parties au contrat de transport.

¹⁴⁵ En aucun cas, les dispositions de la charte-partie ne s'appliquent directement aux personnes impliquées dans le contrat de transport. Toutefois, ces personnes peuvent être indirectement liées par les clauses de charte-partie par le jeu du renvoi.

¹⁴⁶ Une autre pratique récente du commerce maritime est l'utilisation d'un connaissement électronique. Toutefois, malgré son intitulé, la pratique n'arrive pas, aujourd'hui, à lui attribuer la fonction de négociabilité, comme aux autres « connaissements ». La discussion concernant le connaissement électronique comme titre négociable fera l'objet de notre analyse par la suite, en particulier sous l'angle de l'examen de sa capacité à remplir les critères des formes requises par certaines juridictions pour l'incorporation valable des clauses d'arbitrage par référence.

¹⁴⁷ « Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés » : ce connaissement est un titre négociable, pour des transports combinés, réservé aux transitaires affiliés à cette organisation. (Voir KERGUELEN-NEYROLLES B. (Dir.), *Lamy Transport Tome 2*, Lamy, 2014, n° 672).

¹⁴⁸ « *Non Vessel Operating Common Carrier* » : l'entrepreneur du transport multimodal n'a aucun moyen propre de transport, mais il offre aux chargeurs un service de bout en bout en sous-traitant la totalité des opérations de déplacement de marchandises, en concluant un contrat de transport avec un transporteur réel. Le NVOCC est présenté comme un commissionnaire de transport mais les connaissements émis à son en-tête sont négociables et l'engagent en tant que transporteur envers les porteurs. V. B. KERGUELEN-NEYROLLES (Dir.), *idem.*, n° 674.

¹⁴⁹ KERGUELEN-NEYROLLES B. (Dir.), *idem.*, n° 686, Aix-en-Provence, 16 mars 1982, *DMF* 1984, p. 291. Pour l'engagement du chargeur par une note de chargement comportant une clause par référence expresse aux clauses du connaissement, v. Cass. com., 9 juill. 1991, n° 90-10.535, *Bull. civ.* IV, n° 256, p. 179, *Navire Gina's*, *DMF* 1992, p. 665.

¹⁵⁰ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 672, § 989, KERGUELEN-NEYROLLES B. (Dir.), *op. cit.*, n° 679.

Parmi les titres de transport non négociables les plus répandus figure la « Lettre de Transport Maritime (LTM) »¹⁵¹. La LTM a une fonction proche de celle du connaissement, en établissant la preuve du contrat de transport et en constituant le reçu des marchandises prises en charge sur le navire. *A contrario*, elle ne constitue pas un titre représentatif de la marchandise. Elle n'est donc pas négociable¹⁵². La LTM est souvent utilisée dans le cadre de relations d'affaires régulières ou habituelles¹⁵³. Un tel titre facilite la livraison sans connaissement au destinataire. Il suffit que le destinataire justifie de l'identité mentionnée sur la LTM¹⁵⁴. La LTM peut revêtir la forme d'un document qui contient toutes les dispositions légales en recto-verso. Elle peut aussi revêtir la forme d'un document *short-form*, comme décrit ci-dessus, en renvoyant aux conditions générales du transporteur¹⁵⁵.

44. – Il convient également de mentionner l'émission de « *booking notes* »¹⁵⁶ comme titres de transport. Il n'y a pas de règles de forme pour ce type de document. Ainsi, il peut revêtir la forme d'un télex, d'une lettre ou d'un imprimé *pro forma*¹⁵⁷. L'utilisation de ce document est assez répandue, soit lors d'un contrat de transport, soit lors d'un contrat de transport sous affrètement¹⁵⁸. Ce titre n'est pas négociable et ne représente pas la marchandise. Par ailleurs, il suit la forme classique du recto-verso, tout en stipulant des dispositions légales dans le corps du texte. La question de l'opposabilité, envers le destinataire, des clauses de la charte-partie, incorporées dans la *booking note* par le renvoi effectué dans son corps, ne s'éloigne pas de la problématique issue du connaissement de charte-partie.

45. – Il existe également le « *delivery order* », titre qui est considéré comme « une coupure du connaissement établie et remise par le transporteur lorsque la marchandise

¹⁵¹ « Lettre de Transport Maritime » (ci-après : « LTM »). En anglais, le terme est « *Sea waybills* ». V. A. VIALARD, *Droit maritime*, Paris, PUF, 1997, p. 378, S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 339, § 6-015.

¹⁵² Selon les Règles de Rotterdam (art. 57), seuls les documents négociables peuvent transférer à leurs porteurs des droits et obligations sous le contrat de transport maritime. V. S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 399, § 6-084.

¹⁵³ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 673, § 990.

¹⁵⁴ La lettre de transport n'est pas incompatible avec le crédit documentaire, mais par contre, elle ne permet pas d'offrir au banquier la qualité gagiste.

¹⁵⁵ KERGUELEN-NEYROLLES B. (Dir.), *Lamy Transport Tome 2*, Lamy, 2014, n° 682.

¹⁵⁶ Autrement: « *consignment note* », « arrêté de fret ».

¹⁵⁷ KERGUELEN-NEYROLLES B. (Dir.), *op. cit.*, n° 684.

¹⁵⁸ Les stipulations concrètes sur le document détermineront la nature du contrat prouvé par ce document. Sa qualification dépend de la volonté des parties.

divisée en lot est destinée à plusieurs clients »¹⁵⁹ au port du déchargement. Le *delivery order*, document non négociable, confère, cependant, à son porteur, des droits à l'égard du transporteur, issus du contrat de transport¹⁶⁰.

Section II. La convention d'arbitrage circulant avec le titre de transport maritime de marchandises

46. – La circulation de la clause compromissoire avec le titre de transport soulève plusieurs questions lorsque celle-ci est citée en référence. L'incertitude lors de l'identification des clauses originales, dans la documentation du transport maritime, ne facilite pas la tâche de détection des clauses incorporées (§1). Par ailleurs, la position doctrinale et jurisprudentielle, sous l'influence du caractère négociable de certains titres, a soumis la validité de la clause d'arbitrage à des conditions relevant de la nature du titre. Or, nous verrons, que cette caractéristique ne devrait pas influencer sur le régime applicable à la clause d'arbitrage (§2).

§1. L'incorporation directe ou indirecte de la clause compromissoire sur le titre de transport

47. – Du point de vue de l'arbitrage, il convient d'observer les modalités de rédaction de la clause d'arbitrage dans ces titres de transport. On distingue, d'une part, les documents incorporant directement la clause d'arbitrage dans leurs propres textes, au recto ou au verso du document¹⁶¹. À cette catégorie, appartiennent les documents imprimés recto-verso : les connaissements de lignes régulières sous forme recto-verso¹⁶², les LTM au recto-verso ainsi que tous les autres titres de transport établis en

¹⁵⁹ KERGUELEN-NEYROLLES B. (Dir.), *op. cit.*, n° 685.

¹⁶⁰ Ce document constitue preuve du contrat de transport. Son porteur acquiert des droits et est soumis aux obligations du contrat de transport. En droit anglais, il figure clairement dans la liste des documents de la loi *Carriage of Goods by Sea Act 1992*, (s. 1.4), permettant le transfert des droits et des obligations à ses porteurs. V. *infra* n° 81 et suiv. Toutefois, il ne s'agit pas d'un document qui représente la marchandise décrite dans son corps, et c'est pour cette raison que son transfert n'accorde pas de droits réels sur les marchandises. V. S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 552, § 8-060.

¹⁶¹ Dans la pratique, rares sont les connaissements de lignes régulières qui prévoient directement une clause d'arbitrage. Nous retrouvons, au contraire, très souvent des clauses de juridiction dans les connaissements. V. A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαίτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, 252, J. Mc MAHON, « The Haye Rules and incorporation of charter party arbitration clauses into bills of lading », *JMLC* 1970, vol. 2, p. 1 (2)

¹⁶² Le connaissement type « Worldfoodwaybill », (connaissement non négociable émis par BIMCO) contient une clause compromissoire dans les conditions générales.

forme de « recto-verso ». L'élaboration des dispositions contractuelles dans le corps du titre permet à son porteur de prendre connaissance de leur contenu. Or, la doctrine n'hésite pas à critiquer cette certitude, en se basant sur la taille minuscule des caractères figurant au verso des titres ou même sur l'absence d'autre notification des clauses figurant dans le document¹⁶³.

48. – D'un autre côté, il existe les documents incorporant la clause d'arbitrage indirectement dans leur texte, par une clause de renvoi à un autre document qui la prévoit. Ce mécanisme d'incorporation se retrouve principalement dans les connaissements *short-form*, les LTM *short-form*, et surtout dans les connaissements de chartes-parties.

Eviter de répéter les conditions générales du transport maritime dans le même document de « *short form* », par souci de simplification et d'informatisation des documents, est la raison principale pour laquelle les transporteurs renvoient à un autre document pour les conditions générales de transport. Les conditions générales, mises souvent en ligne sur leur site internet, ou, encore, stipulées dans un contrat statutaire, disponible dans leurs locaux, prévoient les modalités du transport effectué par l'opérateur en charge¹⁶⁴. La question qui se pose est, de savoir si la stipulation, sans autre précision, des conditions générales du transport est suffisante pour lier le chargeur par la clause compromissoire figurant dans les conditions générales. La question se pose également à l'égard du tiers porteurs du connaissement. La clause compromissoire suit la circulation du connaissement jusqu'au porteur final et destinataire des marchandises, souvent avant de changer plusieurs fois de mains, dans le cadre d'une vente maritime.

Par ailleurs, la complexité de la circulation de la clause compromissoire est à l'évidence accentuée dans le cadre du contrat de transport sous affrètement. A partir du moment où le connaissement de charte-partie est adressé à un tiers destinataire des marchandises, ses rapports contractuels avec les autres parties au contrat de transport, le transporteur et le

¹⁶³ La jurisprudence française admet que les clauses « illisibles » et « minuscules » ne produisent pas leur effet juridique. V. Rennes, 26 sept. 1990, *DMF* 1993, p. 309 (som), Versailles, 15 oct. 1992, *Scapel* 1993, p. 106. Une jurisprudence plus récente a cependant fait la distinction entre les deux catégories, cf. minuscules et illisibles, en délimitant la restriction de produire des effets aux clauses jugées illisibles (Cass. 1^{ère} civ., 9 janv. 1996 (1^{ère} esp.), Cass. com., 27 fév. 1996 (2^{ème} esp.), *Rev. crit.* 1996, p. 731, note H. GAUDEMET-TALLON). V. A. KPOAHOUN-AMOISSOU, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, Thèse Université Aix-Marseille 3, PUAM, 1999, p. 236 et suiv.

chargeur, sont soumis aux dispositions de ce document. Or, ce titre renvoie, systématiquement, aux clauses de charte-partie¹⁶⁵. La question qui se pose dès lors est de savoir si le renvoi effectué est suffisant pour incorporer la clause compromissoire au connaissement et si le destinataire peut être tenu par une telle incorporation¹⁶⁶.

49. – Toutefois, la circulation de la clause d'arbitrage peut se compliquer encore davantage dans le cas d'une chaîne de contrats de sous-affrètements, ou en cas de l'émission d'une lettre de garantie. L'émission des chartes-parties, stipulant les conditions des sous-affrètements successivement conclus, peut contenir les mêmes clauses d'affrètement (« back-to-back » chartes-parties), ou non. La liberté contractuelle, caractéristique essentielle dans ce domaine commercial, permet la discontinuité des clauses applicables aux contrats d'affrètement conclus par la suite. L'émission d'une charte-partie contenant des clauses différentes de celles de la charte-partie « mère » fait naître une difficulté et une incertitude supplémentaires, quant à la clause d'arbitrage qui circule. Dans le cas de chartes-parties non « back-to-back », l'identification de la clause d'arbitrage, susceptible d'être incorporée au contrat de transport, exige une appréciation concrète des faits, afin de déterminer la charte-partie, finalement incorporée au connaissement¹⁶⁷.

¹⁶⁴ KERGUELEN-NEYROLLES B. (Dir.), *Lamy Transport Tome 2*, Lamy, 2014, n° 682.

¹⁶⁵ Les « chargeurs » et le « transporteur » sont toujours liés par la charte-partie, dans la mesure où leur rapport est soumis au contrat d'affrètement, indépendamment de l'existence du tiers.

¹⁶⁶ Les connaissements de chartes-parties suivantes contiennent une référence générale aux conditions de chartes-parties, parmi lesquelles une clause d'arbitrage: « Scancobill » (v. Annexe 3), « Blackseawoodbill », « Polcoalbill », « Genwaybill ». D'autres connaissements de charte-partie renvoient avec une référence précise à la clause d'arbitrage de la charte-partie : « Biscoilvoybill », « Chemtankvoybill », « Grainvoybill », « Murmapatibill », « Orevoybill », « Sovcoalbill », « Sovconroundbill », « Sovoreconbill » et « Wordfoodreceipt ».

¹⁶⁷ Pour une illustration des difficultés qui peuvent survenir lors d'un non-back-to-back sous affrètement, l'article de J. LEBRET, « Le tiers-porteurs du connaissement, le fréteur au voyage, le transporteur maritime et l'arbitrage », *Gazette de la Chambre*, n° 23, Automne 2010, p. 3, nous éclaire sur la position adoptée par un tribunal arbitral statuant selon le règlement de la Chambre arbitrale maritime de Paris (Sentence 1168 du 21 déc. 2009, non publiée) confronté à la question de la transmission des termes contractuels étant donné que le contrat d'affrètement et le contrat de sous-affrètement comportent des stipulations différentes. En l'espèce, un armateur qui avait conclu un contrat de tonnage prévoyant un arbitrage à Paris, a conclu un contrat de sous-affrètement au voyage avec un autre opérateur-transporteur. L'armateur avait toutefois demandé et obtenu la modification du siège d'arbitrage du contrat de tonnage, en faveur d'un arbitrage à Londres, clause finalement inscrite à la charte-partie d'affrètement au voyage. Le connaissement émis par la suite et retrouvé entre les mains du destinataire ne comportait qu'une référence à la clause d'arbitrage insérée dans la charte-partie précitée. Or, lorsque la charte-partie n'était pas attachée physiquement au connaissement, le destinataire ignorait le changement du siège de l'arbitrage convenu sur cette charte-partie. Le destinataire s'est désisté de sa demande à l'encontre de l'armateur qui était lié sans doute par la clause d'arbitrage, mais devant la constitution d'un tribunal à Londres. En revanche, le destinataire a réussi à soulever l'inopposabilité à son encontre de la clause modifiée et à établir la compétence du Tribunal siégeant à Paris envers le transporteur. Sur la chaîne des contrats d'affrètement, v. aussi Ph. YANG, « Multi-party maritime arbitration », *ADRLJ* 1995, Part 1, March, p. 31.

49 *bis*. – Autre cas susceptible d’aggraver la complexité de la circulation des conventions d’arbitrage à l’occasion d’un transport maritime : celui de la lettre de garantie émise à l’occasion du même transport. Les lettres de garantie peuvent intervenir à différents stades du transport¹⁶⁸, mais ce qui nous intéresse plus particulièrement, c’est l’émission des lettres de garanties par les P&I Clubs, à savoir les assureurs de l’armateur-transporteur. Confrontés à une demande de saisie du navire par le destinataire des marchandises ayant subi un préjudice du fait de l’armateur-transporteur, les assureurs de ce dernier émettront des lettres de garanties afin de rassurer les intérêts cargaison que leur demande sera satisfaite, sans avoir besoin d’immobiliser le navire au port. Le Club, se portant ainsi garant du paiement du montant des indemnités à la charge de l’armateur, empêche la saisie conservatoire d’un navire ou obtient la mainlevée de la saisie¹⁶⁹. L’intérêt économique de cette mesure est à l’évidence très important pour le commerce maritime car il permet de minimiser les retards affectant la chaîne de la transaction commerciale.

Les lettres de garantie émises à cette occasion contiennent très souvent une clause attribuant compétence, soit à un juge étatique soit à un tribunal arbitral, afin de régler ultérieurement le litige relatif aux avaries résultant du transport. Toutefois, cette clause de compétence peut être en conflit avec une convention d’arbitrage déjà insérée dans le connaissement du transport, liant les opérateurs du transport maritime en question. À partir de là, la situation se complique et la question qui se pose est de savoir quelle clause s’applique en l’espèce, afin de trancher la demande du destinataire à l’encontre du transporteur. La solution fournie par la jurisprudence maritimiste n’est pas unanime.

Approfondir le sort du conflit entre les deux clauses de compétence dépasserait les limites de notre étude. Il convient toutefois de présenter brièvement les questions

¹⁶⁸ Des lettres de garantie sont émises, par exemple, au chargement des marchandises, dans le but pour le chargeur d’éviter la prise de réserves gênante, ou même à la livraison, lorsque le destinataire souhaite pallier l’impossibilité de présenter un connaissement pour recevoir la marchandise (Rouen, 9 nov. 1999, *DMF* 2000, p. 729, obs. Y. TASSEL). V. aussi, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 663, § 976 et p. 710, § 1037, M. REMOND-GOUILLOUD, « La lettre de garantie pour absence de connaissement : une tolérance institutionnalisée », *Gazette de la Chambre*, n° 15 – Hiver 2007/2008, p. 3.

¹⁶⁹ Ch. SCAPEL, « Lettre de garanties et compétence », *Gazette de la Chambre*, n° 14 – Automne 2007, p. 3, F. ARRADON, « Clause compromissoire et lettre de garantie », *Gazette de la Chambre*, n° 4 – Printemps 2004, p. 1.

soulevées afin de justifier notre intérêt à nous concentrer sur la seule question de l'efficacité de la convention d'arbitrage envers les destinataires des marchandises.

49 *ter.* – Dans l'ordre juridique français, il est généralement admis que la clause de compétence de la lettre de garantie prévaut et engage le transporteur ainsi que le destinataire qui la soulève. Une jurisprudence étatique et arbitrale riche en atteste¹⁷⁰. Le fondement de la solution de méconnaître la clause compromissoire du contrat de transport se fonde, soit sur la novation, soit sur la renonciation de celle-ci, suite à l'émission de la lettre de garantie¹⁷¹. Le débat se focalise notamment sur la condition de validité du consentement du transporteur à la nouvelle clause de compétence, contenue dans la lettre de garantie. Il convient de mentionner brièvement que la doctrine et la jurisprudence ont tendance à considérer que les assureurs (cf. P&I Club émetteur de la lettre en question) représentent l'armateur dont le consentement est présumé¹⁷².

Or, une position différente a été soutenue, mais finalement pas retenue jusqu'à maintenant, sur le fondement de l'effet relatif des contrats¹⁷³. Selon cette argumentation, la convention d'arbitrage du titre de transport vise à résoudre les

¹⁷⁰ V. notamment les sentences de la CAMP se prononçant sur la compétence de la CAMP sur la base d'une lettre de garantie : Sentence 1188 du 14 d éc. 2011 (inédate), Sentence 1162 du 25 août 2009, second degré, *DMF* 2010, p. 432 (en l'espèce, le transporteur n'était pas tenu par la lettre de garantie qui couvrirait les litiges avec les armateurs, même pas selon la théorie du mandat apparent), Sentence 1152 du 21 mars 2008, *DMF* 2009, p. 284 [la lettre de garantie a établi la compétence de la CAMP, dérogeant à la clause d'arbitrage incorporée au connaissance prévoyant la loi anglaise et l'arbitrage à Londres (on note qu'en l'absence d'un choix exprès des parties sur le droit applicable, les arbitres de la CAMP ont appliqué la loi anglaise au fond du litige)], Sentence 1132 du 3 oct. 2006, second degré, *DMF* 2008, p. 357 (la lettre de garantie renvoie à la charte-partie et au connaissance émis à l'occasion du transport, sans introduire des stipulations différentes de ceux-ci), Sentence 1121 du 15 juill. 2005, *DMF*, p. 445 (l'armateur est tenu par la clause compromissoire insérée dans la lettre de garantie émise par ses assureurs mandatés), Sentence 1123 du 27 déc. 2005, *DMF* 2007, p. 447, Sentence 1109 du 6 mai 2005, *DMF* 2006, p. 67 (la compétence de la CAMP est fondée sur la clause compromissoire insérée dans la lettre de garantie et englobe sous le mot « carrier », dans la clause « *identity of carrier* », les armateurs, le transporteur et le capitaine qui est représentant de l'armateur), Sentence 1021 du 6 déc. 1999, *DMF* 2000, p. 642.

¹⁷¹ La novation retenue par le Tribunal de commerce de Marseille a fait l'objet de critiques en droit maritime, notamment au motif que ce mécanisme suppose l'identité des parties (T. Com. Marseille, 13 janv. 2006, *Navire Antigonis*, *DMF* 2006, p. 865, obs. O. CACHARD). À cet égard, T. Com. Marseille, 17 sept. 2004, *Navire Alina*, *Rev. Scapel* 2004, p. 124, Ph. DELEBECQUE, « “Anti-suit injunction” et arbitrage : quel remède ? », *Gazette de la Chambre*, n° 12 – Hiver 2006/2007, p. 2. La primauté de la clause de compétence de la lettre de garantie basée sur la renonciation paraît moins contestable. À cet égard, Paris, 19 mars 2003, *Navire Liberty I*, *DMF* 2003, p. 597, obs. B. COSTE : les armateurs « [...] ne sauraient voir appliquer des dispositions contractuelles auxquelles ils ont renoncé en toute connaissance de cause, telle la clause d'arbitrage à Londres, visée au recto des connaissances. » Dans le même sens, Paris, 4 février 2004, *Navire Finikas*, *DMF* 2004, Hors Série, n° 102, p. 92, obs. Ph. DELEBECQUE, Paris, 21 nov. 2007, *BTL* 2008, p. 527, Paris, 13 oct. 1999, *Navire Canaveral*, *DMF* 2000, p. 736, T. Com. Marseille, 10 oct. 2003, *BT* 2003, p. 703.

¹⁷² Paris, 19 mars 2003, *Navire Liberty I*, *DMF* 2003, p. 597, obs. B. COSTE : l'acte de garantie « a été souscrit dans l'intérêt et sur les instructions de l'armateur, dont il importe peu qu'il ne soit pas signé. » Dans le même sens, T. Com. Marseille, 17 septembre 2004, *Navire Alina*, *Rev. Scapel* 2004, p. 124.

¹⁷³ O. CACHARD, note sous l'arrêt T. Com. Marseille, 13 janv. 2006, *Navire Antigonis*, *DMF* 2006, p. 865. Sur une position critique concernant la primauté de la clause de la lettre de garantie sur la clause du contrat de transport, v. aussi, B. COSTE, note sous l'arrêt Paris, 19 mars 2003, *Navire Liberty I*, *DMF* 2003, p. 597.

litiges issus du contrat de transport, et notamment le litige relatif à la responsabilité du transporteur lorsque les marchandises arrivent avariées entre les mains du destinataire. Au contraire, la clause de compétence de la lettre de garantie se réfère à l'actionnement de la garantie, à déclencher par les juges étatiques ou le tribunal arbitral mentionné sur la lettre. Même si la relativité et l'indépendance des contrats ont été constatées par les juges, une dérogation à l'effet relatif des contrats est toutefois envisagée, s'agissant des voies d'action.

La complexité de la situation soulève un double défi. Il convient, dans un premier temps, de déterminer si le destinataire peut invoquer la clause de compétence insérée dans la lettre de garantie à l'encontre du transporteur, ou si ce dernier reste toujours lié par la clause compromissoire insérée dans le contrat de transport. Autrement dit, il convient de déterminer si la clause du contrat de transport a été remplacée par une clause ultérieure ou si les stipulations du contrat de transport s'appliquent pour trancher les litiges relatifs à son exécution, écartant les clauses adoptées ultérieurement et portant sur une question différente.

Quitte à soutenir la dernière position, il convient de déterminer l'efficacité de la convention d'arbitrage insérée dans le titre de transport maritime, notamment à l'égard du destinataire des marchandises. La clause de compétence de la lettre de garantie pourrait éventuellement être écartée en faveur de la clause d'arbitrage du connaissement, lorsque cette dernière s'applique sans équivoque au litige survenu et engage tous les opérateurs y participant.

Nous arrivons donc au point où nous devons déterminer les conditions d'efficacité de la convention d'arbitrage insérée dans le contrat de transport maritime, notamment à l'égard du destinataire des marchandises. Cette problématique fera l'objet de notre étude par la suite.

49 *quater*. – La complexité des cas de figure exposés ci-dessus, la pluralité des titres de transport émis, l'interférence de plusieurs contrats et l'incorporation et circulation d'une clause, considérée comme une clause dérogatoire du droit commun, et, pour cela, une clause « lourde » et « dangereuse » pour les intérêts des personnes engagées par celle-ci, sont des facteurs importants qui ont certainement fait douter à l'efficacité de la clause

compromissoire dans le contrat de transport maritime des marchandises¹⁷⁴. La situation semble être encore plus délicate en ce qui concerne le destinataire des marchandises, car celui-ci occupe une position juridique qui n'est pas encore bien définie dans les législations nationales et la jurisprudence étatique.

Dans ces circonstances, la doctrine du droit maritime n'a pas hésité à délimiter les effets de la clause en question en raisonnant à partir d'arguments juridiques tirés de la nature juridique du titre de transport y figurant : la négociabilité du titre permet la circulation de la clause d'arbitrage entre plusieurs porteurs de bonne foi qui, selon les spécialistes du droit maritime, méritent une protection.

§2. L'influence de la « négociabilité » du titre du transport maritime sur la circulation de la clause compromissoire

A. La circulation du titre de transport

50. – La fonction du connaissement en tant que titre représentatif de la marchandise lui confère une caractéristique assez complexe et importante. Selon Georges Ripert, l'assimilation du connaissement à la marchandise signifie que la transmission du document « équivaut à la tradition matérielle de la marchandise »¹⁷⁵. Le « succès »¹⁷⁶ du connaissement est certainement dû à cette fonction qui lui permet de servir de titre sécurisé et donc négociable, pour des opérations de vente maritime et de crédit¹⁷⁷.

¹⁷⁴ La nature dérogatoire de la clause ressort du fait qu'elle impose aux parties liées par celle-ci de ne pas référer leur litige au juge naturel de l'Etat, mais à un organe privé, en dérogeant de l'article 6 CEDH. Cf. T. LANDAU, "The requirements of a written form for an arbitration agreement: when 'written' means 'oral'", in A. J. VAN DEN BERG (ed.), *International Commercial Arbitration: important contemporary questions*, ICCA Congress Series 2002, N° 11, Kluwer Law International 2003, p. 19 (21 et suiv.). Aussi la juridiction anglaise *Aughton Limited v M.F. Kent Services Limited*, Court of Appeal, 4 nov. 1991, [1993] WL 963255, *Bull ASA* 1992, p. 555.

¹⁷⁵ G. RIPERT, *Droit maritime*, T. II, 4^e éd., Paris, Ed. Rousseau et Cie, 1952, p. 365, § 1450. Cass., 17 août 1859, D. 1859, I, p. 347. En droit anglais, la définition du document représentatif des marchandises est recherchée et donnée dans les principes de *Common law*. V. S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 88, § 8.02 : "Although there is no generally accepted definition of the term 'document of title at common law', it is agreed that the bill of lading, in the correct form, by endorsement and delivery, transfer contractive possession in the goods to the holder". V. aussi : *The Future Express* [1992] 2 *Lloyd's Rep.* p. 79 (100), (Judge Diamond QC), *Enichem Anic SpA v Ampelos Shipping Co Ltd (The Delfini)*, CA, [1990] 1 *Lloyd's Rep.*, p. 252 (268, Mustill LJ), *Lickbarrow v Mason* (1794) 5 T.R. 683, 101 E.R.382, *Barber v Meyerstein*, [1870] LR 4 HL 317.

¹⁷⁶ R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports*, T. II, Paris, Dalloz, 1968, p. 108, § 479.

¹⁷⁷ *Id.*, *Droit maritime, Assurances et ventes maritimes*, Paris, Dalloz, 1983 : « Avant l'expédition de la marchandise, un banquier s'engage à payer le prix de la marchandise au vendeur, contre remise du connaissement et des autres documents de transport (facture d'achat, police d'assurance). Le vendeur a ainsi une certitude presque totale d'être payé » (p. 465). « Le connaissement est essentiel car il représente la marchandise embarquée et dont la remise vaut délivrance » (p. 467).

La « négociabilité » du connaissement est à l'origine du transfert de la possession, ou même de la propriété, de la marchandise au cours de son voyage par mer¹⁷⁸. En effet, le porteur a le droit d'exiger du transporteur de lui livrer les marchandises, sur présentation du titre. D'autre part, le transporteur a l'obligation de livrer la marchandise uniquement au porteur du connaissement¹⁷⁹, également sur présentation du titre l'identifiant. De la même façon, la réalisation de ventes maritimes permet le transfert de la propriété de la marchandise, par simple restitution du connaissement entre les mains de l'acquéreur.

Dans le cadre de ses missions, le connaissement doit être physiquement présenté et remis entre les mains de la personne concernée. Cela fait du connaissement un titre littéral¹⁸⁰, définissant les droits du porteur de manière stricte et claire. Pour des raisons de sécurité des transactions commerciales, le porteur du titre doit pouvoir tirer son renseignement du seul contenu du document. Cette contrainte ne se pose pas pour le transporteur, car c'est lui, *a priori*, l'émetteur du titre¹⁸¹.

Conséquemment, l'efficacité du titre littéral exige que les « éléments extrinsèques » au titre ne puissent pas exercer d'influence sur les droits du porteur¹⁸². Cette règle, probablement inspirée par le droit cambiaire, interdit au transporteur d'opposer au porteur (sauf s'il n'est pas de bonne foi) les exceptions issues de ses propres rapports avec le chargeur ou avec les porteurs précédents¹⁸³.

¹⁷⁸ Le titre « négociable » est utilisé dans le sens d'un titre apte à être transféré par endossement, et non pas au sens où son porteur peut acquérir un meilleur titre sur les marchandises (v. S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 89, § 8.03). Toutefois, en droit grec, le transfert du connaissement peut avoir lieu aussi par simple cession, dans le cas du transfert d'un connaissement nominatif. Cela n'empêche pas l'attribution de la caractéristique du titre « négociable », incluant, en effet, la possibilité de transférer les marchandises par le simple transfert du connaissement. Cf. G. PAPADOYIANNIS, « Ισχύς των ρητρών διαιτησίας και παρεκτάσεως αρμοδιότητας έναντι των τρίτων εκδοχών απαιτήσεως ή κοιμιστών τίτλου εξ οπισθογραφίσεως » [« La validité des clauses d'arbitrage et de prorogation de compétence à l'égard des tiers cessionnaires de créance ou des porteurs des titres par endossements »], *Νομ.Β.* 1995, t. 43, p. 312 [313 (I)], G. ZEKOS, « The Negotiability of Bills of Lading and their Contractual Role under Greek, English and United States Law », *Managerial Law* 1994, vol. 36, n°. 1, p. 3.

¹⁷⁹ R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports*, *op. cit.*, p. 115, § 485, S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 323, § 6-002, K. ADEL, *Crédit documentaire et connaissement*, Larcier, 2012, p. 85.

¹⁸⁰ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 672, § 988. Le caractère « littéral » du titre signifie que la forme (dans le sens du respect d'un formalisme imposé par la loi) détermine la nature et l'étendue de l'engagement contracté. La transmission des droits par les titres littéraux repose sur une appréciation des droits selon des critères formels. Conséquence majeure de cette « littéralité » : la validité et l'exécution des engagements constatés dans le titre ne sont pas « sous la dépendance de rapports juridiques extérieurs au titre » [Ch. GAVALDA, J. STOUFFLET, *Instrument de paiement et de crédit, Effets de commerce, chèque, carte de paiement, transfert de fonds*, 7^{ème} éd. Rédigée par J. STOUFFLET, Paris, Litec, 2009, p. 18 (19)].

¹⁸¹ Il est possible aussi que le connaissement soit émis par le capitaine, en tant que représentant du transporteur.

¹⁸² R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports*, T. I, Paris, Dalloz, 1967, p.107, § 478 bis., P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 672, § 988.

¹⁸³ Pourtant, même en droit cambiaire, il y a des exceptions à cette règle, malgré les impératifs de la sécurité du titre. A titre d'exemple, le transporteur (le tiré) peut faire valoir contre le porteur des exceptions qui résultent du défaut de consentement

51. – Or, en droit français, même si le connaissement est considéré comme un titre littéral, le régime du droit cambiaire ne s’applique pas¹⁸⁴. Considérer le connaissement comme un titre abstrait du droit cambiaire n’est pas possible. En effet, le connaissement, même s’il peut être qualifié comme un titre littéral, n’est pas abstrait de ses causes. Le droit du porteur n’est pas absolu mais subordonné à la persistance de la dette du transporteur, issue du contrat de transport¹⁸⁵. La livraison des biens est étroitement liée à une cause bien précise, la conclusion du contrat de transport entre le chargeur et le transporteur. Le connaissement ne peut pas effacer cette obligation et c’est précisément la raison pour laquelle ce titre ne peut pas être abstrait de sa cause. Le déplacement de la marchandise n’est pas détaché du contrat et de ses modalités. Les dangers et l’incertitude du transport en raison des périls de la mer ne permettent pas de dissocier les conditions du transport de la livraison des marchandises¹⁸⁶. Ainsi, si le transporteur n’est plus tenu d’effectuer la livraison, par exemple, en raison d’une circonstance de force majeure prévue dans le contrat de transport, cette obligation de livraison au porteur cesse d’exister¹⁸⁷.

et de l’incapacité des signataires. Cf. R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II*, Paris, Dalloz, 1968, p. 115, § 485.

¹⁸⁴ En droit français, la théorie du connaissement, assimilé à un titre cambiaire est, sans ambiguïté, abandonnée par la doctrine depuis longtemps. V. R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II, op. cit.*, p. 109 (110), § 480 et suiv., P. LESCOT, R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, Vol. I, Paris, Rousseau, 1953, p. 6, n° 6, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 672, § 988. Au contraire, en droit grec, c’est la théorie principale qui justifie la transmission des droits et des obligations au tiers porteur du connaissement. V. A. KIANTOU-PAMPOUKI AL., Η θαλάσσια φορτωτική ως αξιόγραφο [Le connaissement maritime en tant que titre cambiaire], *Επισκ.Ε.Δ.* Β/2005, p. 283 (284 et suiv.).

¹⁸⁵ Le caractère non-abstrait du connaissement est pleinement soutenu en France, tandis qu’en Grèce, la doctrine est partagée. Pour le caractère non-abstrait, v. A. KIANTOU-PAMPOUKI, *ibid.*, p. 283 (295 : où l’auteur soutient le caractère non-abstrait, et aussi « autonome » du connaissement dans le sens que les relations entre l’émetteur du titre et les porteurs successifs de celui-ci sont régies par le contenu du document et non pas par la relation contractuelle liant les parties au contrat de transport), A. KIANTOU-PAMPOUKI, *Ναυτικό Δίκαιο [Droit maritime]*, 3^{ème} éd., Thessalonique, Sakkoulas, 1993, p. 317, § 89, DELOUKAS N., *Ναυτικό Δίκαιο [Droit maritime]*, 2^{ème} éd., Athènes, Sakkoulas, 1979, p. 437, § 253, (l’auteur reconnaît que l’émission du connaissement est étroitement liée au contrat d’affrètement en vertu duquel il est émis, mais le contenu de la charte-partie demeure *res inter alios acta* à l’égard du tiers porteur), A. KIANTOU-PAMPOUKI, *Δίκαιο Αξιόγραφων [Le droit des effets de commerce]*, 2013, éd. 7, p. 18. Pour l’avis contraire, soutenant l’abstrait du caractère du connaissement, v. I. ROKAS, *Αξιόγραφα [Les effets de commerce]*, éd. 2, 2012, p. 168, n° 5, I. MARKOU, *Το δίκαιο της θαλάσσιας φορτωτικής [Le droit du connaissement maritime]*, Athènes – Komotini, A.N. Sakkoulas, 2004, p. 244. La jurisprudence grecque attribue au connaissement un caractère abstrait par rapport au contrat de transport et reconnaît sa validité même si le contrat de transport est réputé nul ou inexistant. En ce qui concerne la position du droit anglais, la fonction du connaissement de représenter les marchandises n’est conçue que dans le cadre d’un transport maritime.

¹⁸⁶ Voir cet argument dans : R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II*, Paris, Dalloz, 1968, p. 116, § 485, où il soutient qu’en raison des « *aléas inhérents au transport maritime* », on ne peut pas attendre du connaissement la règle de garantie du droit cambiaire. Dans la lettre de change, les signataires de la lettre sont solidairement responsables envers le dernier porteur du paiement et garantissent la solvabilité et la réalité de la dette cambiaire du tiré. Si le chargeur est le garant de la réalité de l’expédition, « *les endosseurs ne peuvent pas garantir ni cette réalité ni la solvabilité du transporteur, ni l’arrivée des marchandises.* » Il peut en être autrement, lors d’une vente maritime, quand les endossements correspondent à des ventes successives de la marchandise.

¹⁸⁷ R. RODIERE, *ibid.*, p. 109, § 480.

Il ressort de ce qui précède que, d'une part, le droit du porteur du connaissement d'« exiger » la livraison de la marchandise est étroitement lié à sa fonction en tant que titre représentatif des marchandises. D'autre part, l'obligation du transporteur de « déplacer » les marchandises découle du contrat de transport, prouvé par le connaissement. Cependant, l'obligation du transporteur de « livrer » les marchandises uniquement au porteur du titre, repose à la fois sur la fonction représentative du titre et sur sa fonction d'*instrumentum* du contrat.

52. – Dès lors, il semble que la négociabilité du titre se heurte à sa fonction de preuve du contrat de transport¹⁸⁸. En tant que titre représentatif¹⁸⁹, le connaissement est soumis à un formalisme strict afin de faciliter sa négociabilité et sécuriser sa circulation entre plusieurs personnes. La négociabilité de ce titre est majoritairement due à l'absence d'ambiguïtés sur la nature et les modalités de la dette. Ainsi, il faudrait admettre que le titre contient l'ensemble des obligations et des droits reconnus au porteur. Or, le connaissement n'est pas soumis à un tel formalisme¹⁹⁰. En tant que document de preuve d'un contrat, il n'est soumis à aucune règle de forme et ne couvre pas obligatoirement l'ensemble des clauses du contrat du transport maritime¹⁹¹.

Les deux caractéristiques du titre de connaissement semblent être antagonistes. Autrement dit, en qualité de titre contenant peu de mentions légales, il est une preuve plus faible du contrat, mais il permet d'accroître sa négociabilité. Au contraire, le document rempli avec des dispositions contractuelles est considéré comme une preuve plus aboutie du contrat, mais, il perd de sa valeur négociable, car il devient plus complexe lorsqu'il est en circulation. Ainsi, il apparaît évident qu'un choix doit être fait. Si l'on accorde la priorité à la sécurité du titre, en tant que titre négociable, l'incorporation des clauses qui ne figurent pas sur le titre semble difficile, ou, au

¹⁸⁸ Cette position est aussi soutenue dans : A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαίτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, 259.

¹⁸⁹ Le formalisme applicable au titre cambiaire, cf. la lettre de change, est exigé à peine de nullité.

¹⁹⁰ A. KIANTOU-PAMPOUKI, *Ναυτικό Δίκαιο [Droit maritime]*, 3^{ème} éd., Thessalonique, Sakkoulas, 1993, p. 315 (316), § 89.

¹⁹¹ Toutefois, le connaissement reste toujours soumis à certaines exigences de forme afin de lui attribuer ce titre. Il est important que le titre se présente comme un connaissement et, qu'il réponde par la suite à un minimum des formalités afin d'accomplir sa mission. Surtout, en tant que titre représentatif, il doit décrire suffisamment les marchandises qu'il est censé

moins, soumise à des conditions formelles strictes. Si l'on accepte que le titre facilite surtout la preuve du contrat de transport, la validité d'une clause insérée par un renvoi dans un autre document semble possible, sans nécessairement respecter un formalisme strict.

B. La circulation de la clause compromissoire

53. – Même si la nature cambiaire est écartée en droit français, le besoin de protéger son porteur de bonne foi amène à exiger une certaine certitude au niveau du contenu. C'est dans cette réflexion que l'incorporation des clauses dans ce document est souvent soumise à des strictes conditions de forme¹⁹². La nécessité du formalisme devient plus urgente encore, lorsqu'il s'agit des clauses dérogatoires au droit commun¹⁹³. Le droit grec est révélateur de cette conception. Il est admis que lorsque l'émission d'un connaissement est prévue, les droits et les obligations du destinataire issus du contrat de transport maritime, sont étroitement liés aux règles applicables au connaissement, en tant que titre négociable¹⁹⁴.

Ainsi, la validité du titre, et surtout, l'incorporation des clauses extérieures au titre, comme les clauses de juridiction et d'arbitrage, sont soumises aux conditions strictes de formes applicables aux titres littéraux. Cela ne nous surprend guère donc qu'en droit grec, la clause d'arbitrage qui figure dans un connaissement (et de façon générale dans tous les contrats) soit soumise à des formalités exigées *ad validitatem*¹⁹⁵.

La négociabilité du titre de transport, et notamment du connaissement de charte-partie, fut aussi pour le juge anglais un argument pour renforcer les conditions de formes de la clause

représenter. V. R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II*, Paris, Dalloz, 1968, p. 64, § 448.

¹⁹² Voir Art. 22 Règles de Hambourg, art. 75 et suiv. Règles de Rotterdam, article 7 de la loi grecque 2735/1999, *infra* n° 160 et suiv.

¹⁹³ La clause compromissoire n'échappe pas à cette catégorie des clauses exceptionnelles et parfois lourdes, surtout en raison du siège de l'arbitrage qu'elles imposent.

¹⁹⁴ A. KIANTOU-PAMPOUKI, *Ναυτικό Δίκαιο (Τόμος Δεύτερος) [Droit maritime (Deuxième Tome)]*, 6^{ème} éd., Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 2007, p. 319, § 183, G. PAPADOYIANNIS, « Ισχύς των ρητρών διαιτησίας και παρεκτάσεως αρμοδιότητος έναντι των τρίτων εκδοχέων απαιτήσεως ή κοιμιστών τίτλου εξ οπισθογραφήσεως » [« La validité des clauses d'arbitrage et de prorogation de compétence à l'égard des tiers cessionnaires de créance ou des porteurs des titres par endossements »], *Νομ.Β.* 1995, t. 43, p. 312.

compromissoire par référence. Lorsque ce document est censé circuler entre plusieurs mains, il s'éloigne du document de référence, à savoir la charte-partie, et risque d'engager des personnes qui n'en ont pas pris connaissance. Ainsi, il est soutenu que l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du tiers porteurs est examinée au regard de la formulation de la clause insérée dans la charte-partie¹⁹⁶.

54. – La solution qui consiste à adopter le droit applicable au titre du connaissement afin de rechercher la validité de la clause d'arbitrage par référence soulève une difficulté considérable. Elle suppose d'appliquer à la clause, des conditions différentes pour le cas où elle figurerait dans un titre de transport non négociable et non littéral. Comme nous l'avons vu, le transport de lignes régulières peut être effectué avec l'émission de titres non négociables, de même que le transport sous affrètement peut être réalisé avec l'émission d'un document non négociable, tel que le « *booking note* ». Dans ces cas de figure, la particularité du titre négociable et littéral ne semble pas s'imposer. Or, la solution basée sur l'argument que la validité de la clause d'arbitrage par référence est soumise à un formalisme strict, en raison de la nature exceptionnelle du titre l'incorporant, ne semble pas faire de distinction selon que la clause figure dans un titre négociable ou non. La position soumettant l'incorporation de la clause au formalisme, imposé par la nature du titre y figurant, nous semble peu convaincante.

Dans un souci de trouver une solution juste, la doctrine maritimiste¹⁹⁷ a proposé d'accorder le droit au porteur de se prévaloir des clauses incorporées par référence sur le titre de transport, sans, au contraire, être soumis à celles-ci, lorsque le cocontractant transporteur les lui oppose. Or, cette solution paraît, elle aussi, peu convaincante. L'efficacité des clauses d'un contrat ne devrait pas dépendre de la position litigieuse de celui qui s'en prévaut. Le prononcé sur les critères de validité et d'opposabilité de ces clauses ne peut pas avoir lieu au moment du déclenchement du litige. Apprécier la validité de la clause, en

¹⁹⁵Voir *infra* n° 197 et suiv.

¹⁹⁶ Toutefois, certains soutiennent que l'importance de recourir au texte de la charte-partie est diminuée lorsque les parties au contrat de transport ont pris connaissance de celle-ci. Leur connaissance peut être présumée soit par leurs relations d'affaires antérieures, soit parce que l'utilisation de ce type de charte-partie est généralisée dans la pratique, soit parce qu'elles ont simplement accès au document de référence (cf. la charte-partie), lors de la réception du connaissement. Or, cette constatation a fait l'objet de critiques sur le fondement que l'engagement du transporteur par la clause compromissoire dépend de la connaissance de la clause d'arbitrage par le porteur du connaissement. Cf. P. TODD, "Incorporation of arbitration clauses into Bills of lading", *JBL* 1997, p. 331 (339).

fonction de la qualité procédurale et contractuelle de la partie l'évoquant, signifierait que si le transporteur souhaite appliquer une telle clause, il devra attendre que le destinataire l'évoque à son profit, pour que le transporteur ne la contredise pas. Un tel raisonnement aurait pour effet d'instaurer une incertitude juridique dans un milieu déjà assez perturbé et en constante mutation.

55. – Le droit applicable à la convention d'arbitrage figurant dans un titre de transport ne doit pas être associé aux caractéristiques du titre littéral et négociable. A l'exception du droit grec, le formalisme imposé par le droit cambiaire n'est pas applicable au titre de transport¹⁹⁸. Par conséquent, ce formalisme ne devrait pas s'appliquer à la validité des clauses figurant dans le titre. Par ailleurs, la convention d'arbitrage, étroitement liée au contrat de transport, indique le mode de résolution de litiges éventuellement survenus lors de son exécution. Comme nous l'avons vu, le contrat de transport est apte à conférer des droits personnels aux opérateurs impliqués. Au contraire, la clause compromissoire est indépendante de ces droits réels que le document négociable accorde, éventuellement, à son porteur, en raison de sa nature de titre littéral.

Pour aller encore plus loin, nous verrons, par la suite¹⁹⁹, que cette clause se différencie des autres clauses du contrat de transport et n'est d'ailleurs pas soumise au même droit applicable. La clause d'arbitrage requiert l'application d'un régime lui étant propre.

¹⁹⁷ R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II*, Paris, Dalloz, 1968, p. 107, § 478 bis.

¹⁹⁸ En droit grec, le formalisme du droit cambiaire s'applique lorsque le titre de transport est un document négociable et transféré par endossement, à savoir le connaissance à ordre.

¹⁹⁹ Voir *infra* Titre II de la Première Partie.

Conclusion du Chapitre I

55 *bis.* – Après avoir distingué les différents contrats d’acheminement de marchandises par mer, notre intérêt s’est porté particulièrement sur le contrat de transport maritime et le sort de sa convention d’arbitrage. Cette dernière figure dans les documents émis lors de la réalisation du transport et circule par leur biais entre plusieurs opérateurs. L’extension du régime du document de transport sur la convention d’arbitrage semble se fonder sur la nature littérale de ce titre. Toutefois, la dissociation entre les caractéristiques du titre de transport et le régime applicable à la clause compromissoire est justifiée par le fait que cette dernière est étroitement liée au contrat de transport, un contrat consensuel et valable à défaut de tout autre écrit.

Après avoir « localisé » la convention d’arbitrage dans la documentation du contrat de transport maritime et après avoir justifié l’autonomie de cette dernière par rapport au régime applicable au titre l’incorporant, nous aborderons la question de la délimitation du champ *ratione personae* dudit contrat et son influence sur le régime de la convention d’arbitrage.

Chapitre II. Les opérateurs du transport maritime de marchandises susceptibles d'être liés par la convention d'arbitrage

56. – L'identification des personnes impliquées dans l'opération du transport maritime n'est pas une tâche aisée²⁰⁰. Le chargeur et le transporteur sont souvent représentés par des personnes intermédiaires. Quant au destinataire, il occupe une place particulière au sein du contrat de transport maritime, étant considéré soit comme une partie (en droit français) soit comme un tiers au contrat (en droits anglais et hellénique). La détermination des conditions de validité ou d'opposabilité de la convention d'arbitrage est forcément liée à la qualité juridique de l'opérateur concerné. Cette constatation justifie l'intérêt à se focaliser sur l'étude de la validité de la clause à l'égard de cette personne.

La force obligatoire du contrat de transport, et notamment de la clause compromissoire, à l'égard des personnes participant à sa formation et à son exécution varie en fonction de leur qualité. Rechercher les conditions d'efficacité de la clause compromissoire présuppose de déterminer la manière dont ces personnes sont liées au contrat, c'est-à-dire comme parties ou comme tiers par rapport à celui-ci. Bien que les conditions de validité, à l'égard des parties, ou d'opposabilité, à l'égard des tiers, de la clause compromissoire soient soumises à des normes applicables spécifiquement à la clause, la détermination de la position contractuelle des opérateurs du transport maritime est soumise au droit qui régit le contrat principal.

Ainsi, un aperçu de la position des trois systèmes juridiques étudiés concernant la détermination des parties (Section I) et des tiers (Section II) au contrat de transport maritime s'impose afin de mieux suivre l'analyse de notre raisonnement dans les chapitres suivants.

²⁰⁰ Sur l'intervention de plusieurs personnes dans l'opération de transport et leurs rapports contractuels, v. M. COUDEVYLLE-LOQUET, « De l'effet relatif des contrats en matière de transport interne de marchandises », *RTD com.* 1992, p. 751, C. BERNAT, *L'exploitation commerciales des navires et les groupes de contrats*, Thèse, Bordeaux IV, 2003.

Section I. Les parties au contrat de transport maritime de marchandises

57. – La possibilité d’organiser un transport sous une forme bi-partie ou selon un schéma triangulaire donne naissance à plusieurs formes de participation des opérateurs dans ce contrat. Lorsque le transport est conclu entre deux opérateurs, le chargeur et le transporteur, ils sont considérés comme des parties *ab initio* au contrat et aucune autre personne n’est liée par cette opération (§1).

Lorsque l’opération a lieu sous une forme triangulaire, suite à la dissociation de la qualité du chargeur et du destinataire, ce dernier devient le troisième opérateur intéressé par le transport. Le destinataire peut être considéré comme une partie, *adhérente* en l’espèce, au contrat, seulement si le droit français s’applique (§2). Nous verrons par la suite, comment, en application du droit anglais et grec, cette même personne, dans les mêmes circonstances, est envisagée comme un tiers audit contrat (Section II)

§1. Les parties ab initio au contrat de transport maritime de marchandises

58. – Les opérateurs considérés comme des parties *ab initio* au contrat de transport sont, à l’évidence, le transporteur et le chargeur (A). Dans le cas où le chargeur déplace la marchandise pour son compte, nous nous retrouvons dans la situation d’un chargeur-destinataire. La concentration de ces qualités contractuelles dans une même personne transforme le destinataire en partie initiale au contrat bipartite (B). Dans ce schéma bipartite, l’identification des parties initiales est souvent un processus difficile, ce qui explique les réserves exprimées à l’égard de leur engagement par la convention d’arbitrage.

A. Le chargeur et le transporteur

i. L’identification des opérateurs initiaux

59. – Les parties initiales au contrat de transport maritime sont le chargeur des marchandises et le transporteur. La majorité des connaissements ne manque pas

d'inclure les informations nécessaires à leur identification²⁰¹. Dans un connaissance de ligne régulière, le nom du transporteur figure, normalement, dans la partie supérieure droite du document, tandis que le nom du chargeur, souvent à côté de l'identité du destinataire, est mentionné dans une case supérieure gauche²⁰².

Cependant, dans la pratique, il arrive assez souvent que l'identité du chargeur réel ne soit pas divulguée. Il est très répandu, dans ce type de transactions, que les opérateurs réellement concernés fassent appel à des intermédiaires qui prennent en charge la conclusion et la réalisation du transport maritime. Ainsi, le titre du transport mentionne souvent le nom du transitaire de l'opération²⁰³. L'interlocuteur réel du transporteur n'est, toutefois, pas le commissionnaire ni même le transitaire, mais le chargeur réel. Les clauses du contrat, y compris la clause d'arbitrage, n'engagent que ce dernier²⁰⁴.

60. – Il est également fréquent de rechercher l'identité réelle du transporteur. Le fameux connaissance « sans en-tête » prive le chargeur et surtout le destinataire, de toute information sur l'identité du transporteur. L'absence de renseignement suffisant par rapport aux parties au contrat est très souvent observée dans les connaissances de chartes-parties. L'opérateur en charge du transport peut être soit le frèteur soit l'affréteur du contrat d'affrètement. L'identité de l'opérateur ayant pris en charge le transport des marchandises est probablement signalée sur le document de la charte-partie.

Lors du déplacement du navire, l'opérateur commercial est celui qui détient la gestion commerciale du navire. Ainsi, l'affréteur « à temps » détient la gestion commerciale du navire, tandis que le frèteur reste toujours en charge de la gestion nautique. Cela signifie que l'affréteur peut entreprendre une activité commerciale, comme l'établissement des lignes régulières de transport. Dans ce cas de figure, il se transforme en « transporteur », et en cas de conflit, ses cocontractants peuvent entamer une procédure arbitrale, à s on

²⁰¹ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 641, § 944.

²⁰² Voir Annexe n° 1 « Connaissance de ligne régulière ».

²⁰³ Il s'agit d'un professionnel qui conclut pour le compte du chargeur le contrat de transport et prend toutes mesures dans l'intérêt de la marchandise. Il agit en tant que mandataire du chargeur. V. P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 451, § 661 et suiv.

encontre. D'autre part, l'affrèteur « au voyage » n'a ni la gestion nautique ni la gestion commerciale du navire. Dans ce cas, le frèteur reste le seul opérateur économique du navire mis, par ailleurs, à la disposition de l'affrèteur pendant la période de réalisation du voyage. La demande en arbitrage doit s'adresser à l'encontre du frèteur figurant sur la charte-partie.

Le problème persiste lorsqu'une chaîne d'affrètement est mise en place. L'émission des chartes-parties pour chaque sous-affrètement rend impossible la détermination du transporteur réel. Tandis que la charte-partie n'est pas censée circuler, le seul document apte à parvenir entre les mains du destinataire est le connaissement de charte-partie. L'accessibilité du destinataire au document de la charte-partie est contestée dans la pratique. Face à l'absence de publication des chartes-parties, en vertu desquelles des connaissements sont émis, le destinataire de bonne foi, ou, même le chargeur, ont le droit d'agir contre la personne présumée transporteur²⁰⁵. La solution retenue par la jurisprudence française et hellénique²⁰⁶ dans ces situations est de permettre une action, soit contre le transporteur apparent sur le connaissement, s'il y en a, soit contre l'armateur du navire. La solution adoptée vise à protéger l'opérateur ignorant de l'identité de son cocontractant transporteur.

61. – Or, il nous semble que le problème soulevé par cette ignorance pourrait être résolu en permettant au destinataire d'avoir accès au document de la charte-partie auquel le connaissement renvoie. La lecture de l'ensemble des documents émis à l'occasion de l'exécution de ces deux contrats pourrait apporter un éclaircissement à la fois sur les conditions du transport et sur les parties y participant.

À cet effet, il semble indispensable tout d'abord de mentionner précisément la charte-partie à laquelle le connaissement renvoie et, ensuite, de la publier. L'obligation de publication de la charte-partie peut être fondée sur le lien étroit entre le contrat d'affrètement et le contrat de transport successivement conclu. L'émission et le

²⁰⁴ A. KPOAHOUN-AMOUSSOU, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, Thèse Université Aix-Marseille 3, PUAM, 1999, p. 277.

²⁰⁵ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 643, § 947.

transfert entre les mains du destinataire du connaissance de charte-partie justifie la reconnaissance d'un droit d'information au destinataire. Accorder un tel droit au destinataire, permettrait son information non seulement sur l'identité de son cocontractant mais aussi sur les clauses du contrat de transport incorporées par référence dans le document du connaissance. Or, cette approche serait également utile pour résoudre la question de l'engagement du destinataire par la clause compromissoire par référence à la charte-partie.

62. – L'incertitude par rapport à l'identification des parties réellement impliquées dans le contrat ne concerne que la recevabilité de la demande d'arbitrage adressée à l'encontre de la personne réellement engagée. Toutefois, face à cette incertitude, les praticiens du secteur exigent constamment des conditions encore plus strictes pour la validité de la clause compromissoire.

ii. L'adhésion du chargeur au contrat du transporteur

63. – Mise à part la question de l'identification des opérateurs impliqués dans l'exécution du contrat, les conditions de leur engagement se précisent en fonction de leur qualité juridique. Ainsi, une clause d'arbitrage insérée, même par référence, dans un connaissance, engage le chargeur et le transporteur (ou l'opérateur supposé en qualité de « transporteur ») en tant que parties initiales au contrat.

Le contrat de transport de lignes régulières se présente comme un contrat d'adhésion²⁰⁷. Le pouvoir du chargeur de négocier les clauses du contrat n'existe pas vraiment. Le seul choix appartenant au chargeur est la décision d'adhérer ou non au contrat, tel qu'il est proposé par le transporteur. Le fait même qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion ne signifie pas que le chargeur doit être forcément considéré comme une partie faible nécessitant une protection spéciale contre les clauses abusives. Étant donné que le chargeur n'est pas un consommateur²⁰⁸ et que par

²⁰⁶ V. Cass. com. 21 juill. 1987, *Navire Vomar*, DMF 1987, p. 573, Tribunal de première instance du Pirée [Πρ. Πειρ.] 458/1966, *E.Εμ.Α.* 1966, p. 580 (585 et 587 et suiv.), note D. MARKIANOS.

²⁰⁷ V. *supra* n° 26.

²⁰⁸ Pour le transporteur, l'acte du transport ne peut jamais être un acte civil, dans la mesure où il entreprend cette activité en tant que professionnel. Par ailleurs, il convient de distinguer si le chargeur effectue une opération professionnelle ou non.

ailleurs, la nature « abusive » de la clause compromissoire est fortement contestée, il est difficile de justifier le besoin de lui accorder une protection renforcée lors de son adhésion au contrat de transport²⁰⁹.

64. – Toutefois, les circonstances dans lesquelles l'opération du transport maritime s'est développée dans la pratique²¹⁰, ont favorisé l'idée selon laquelle le transporteur est en position de force et que ses cocontractants auraient besoin d'une protection au moment de leur adhésion au contrat déjà établi. Les textes internationaux adoptés au fil des ans avaient pour objectif de pallier le déséquilibre des forces observé entre le transporteur et les autres opérateurs, en délimitant leur liberté contractuelle.

Dans ce sens, la réglementation de la validité de la clause d'arbitrage par les conventions internationales consacrées au transport maritime²¹¹ s'imposait afin de protéger la partie moins forte lors de la négociation d'une clause dérogatoire au droit commun. Par ailleurs, la jurisprudence imposait aussi des conditions de forme strictes afin de vérifier l'acceptation du contrat par le chargeur. Ainsi, l'obligation, retenue pendant un moment, de la signature du chargeur sur le connaissement correspondait à l'esprit de méfiance contre les clauses rédigées par le transporteur. Or, cette méfiance augmentait face à des clauses dérogatoires, comme celle de la limitation de la

Dans notre analyse, nous nous basons sur l'hypothèse que le chargeur, et le destinataire aussi, participent à l'opération du transport en tant que professionnels. V. R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports*, T. II, Paris : Dalloz, 1968, p. 31, § 412.

²⁰⁹ La directive européenne 93/13/EEC du 5 avril 1993, a limité les effets juridiques des clauses abusives figurant dans « les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur » (Article 1.1). Les États-membres ont adopté leur législation nationale afin de protéger les consommateurs ou les non-professionnels, considérés comme les parties faibles d'un contrat (souvent d'adhésion) contre les clauses abusives imposées par les professionnels. Les trois législateurs examinés ici ont aligné le droit national sur cette directive, accordant une protection aux consommateurs ou non-professionnels concluant des contrats avec des professionnels (la loi française 95-96, du 1 février 1995, la loi grecque 2251/1994 (modifiée), la loi anglaise *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*). V. à ce sens J. GHESTIN, I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens, Rapport français », in CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS DE L'UNIVERSITE PARIS I et CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS DE L'UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN (coopér.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996, p. 1 (11).

²¹⁰ Nous avons vu comment, depuis la fin du XVIII^e siècle, la croissance industrielle et technologique a contribué à l'explosion du marché du transport maritime des marchandises et comment la position des transporteurs a été favorisée face aux chargeurs-petits commerçants. L'insertion des clauses d'irresponsabilité (« *negligence clauses* ») a provoqué la révolte des chargeurs-commerçants du secteur maritime et l'adoption des premiers textes internationaux. V. *supra* n° 26. Aussi, S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 621, § 9-062, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 599, § 883 et suiv., G. RIPERT, *Droit maritime*, T. II, 4^{ème} éd., Paris, Ed. Rousseau et Cie, 1952, p. 257, n° 1349.

²¹¹ V. Art. 22 Règles de Hambourg, art. 75 et suiv. Règles de Rotterdam. V. aussi *infra* n° 140.

responsabilité du transporteur et même celle de compétence²¹². Ainsi, même si la signature n'était plus requise à titre de validité du connaissement, la jurisprudence n'a cessé de la considérer comme formalité *ad validitatem*.

Nous verrons dans le titre suivant²¹³, comment la pratique très répandue de l'arbitrage du commerce international, a aujourd'hui renversé la position de méfiance envers cette clause et surtout, comment le chargeur, partie initiale au contrat, se retrouve dans l'impossibilité d'évoquer son ignorance par rapport à cette clause insérée dans le contrat de transport²¹⁴.

B. Le destinataire-partie ab initio

65. – Le destinataire peut être considéré comme une partie initiale au contrat de transport maritime dans des circonstances précises : soit, lorsque le destinataire et le chargeur sont une seule et même personne, soit lorsque le chargeur est pratiquement le représentant du destinataire auprès du transporteur. Dans ces cas de figure, le destinataire est lié par les clauses du contrat comme une partie initiale, ayant participé dès le début à sa formation et son exécution. Les conditions de validité de la clause compromissoire s'appliquent, comme au chargeur, au destinataire-partie *ab initio* au contrat.

i. Le cumul des qualités : le « destinataire-chargeur »

66. – Le destinataire est incontestablement considéré comme une partie *ab initio* au contrat de transport maritime lorsqu'il est le seul cocontractant du transporteur et est activement impliqué dans l'organisation du contrat de transport dès le début de l'opération. Il s'agit de la personne qui prend contact avec le transporteur et organise l'acheminement des marchandises vers ses propres locaux. En l'occurrence, un contrat de transport maritime se forme entre le transporteur et cette personne qui cumule à la fois les qualités du chargeur et du destinataire. Ainsi, le destinataire

²¹² La Cour de cassation a accepté, à plusieurs reprises, depuis 1909, que le chargement des marchandises sur le navire utilisé par le transporteur manifeste sa volonté de se voir lié par les conditions, éventuellement émises par le transporteur, ce qui correspond à un transport ordinaire. Req. 2 mars 1909, S. 1909, 1, p. 384, D. 1912, 1, p. 259, Cass. civ. 20 mai 1912, S. 1912, 1, p. 368, D. 1912, 1, p. 259, Cass. civ., 20 oct. 1914, S. 1915, 1, p. 39.

²¹³ V. *infra* Titre II, Première Partie.

²¹⁴ V. *infra* Deuxième Partie.

apparaît comme le seul opérateur à négocier éventuellement le prix²¹⁵ et à donner des instructions au transporteur quant à l'acheminement des marchandises. Si le contrat de transport est un contrat préétabli par le transporteur, le destinataire est le seul à décider d'y adhérer afin de réaliser le voyage pour son propre compte.

Cette pratique peut avoir lieu lorsque le propriétaire des marchandises souhaite les déplacer²¹⁶. L'exemple caractéristique est fourni dans le cadre de la vente maritime²¹⁷. En matière de vente maritime, deux grandes catégories existent: la vente « à l'arrivée » (ou « à destination ») et la vente « au départ » (ou « à l'expédition »)²¹⁸. La vente à l'arrivée signifie que la propriété sur les marchandises passe à l'acheteur au moment de la livraison et c'est pour cette raison que l'obligation de livrer incombe au vendeur. A l'inverse, la vente au départ signifie que la propriété des biens vendus passe à l'acheteur avant (ou lors de) leur embarquement sur le navire. L'acheteur est, par conséquent, responsable de l'acheminement de la marchandise à ses propres locaux²¹⁹. Ainsi, l'acheteur, concluant un contrat avec le transporteur, cumule à la fois les qualités de chargeur (expéditeur) et de destinataire²²⁰.

Face à cette opération bipartite²²¹, le destinataire fait partie du contrat dès l'origine, car il est le seul responsable à organiser le transport avec son cocontractant transporteur. La marchandise voyagera aux risques de l'acheteur et en cas d'avaries,

²¹⁵ Concrètement, la négociation du prix dans un transport de ligne régulière est presque impossible car les transporteurs publient un prix fixe pour chaque transport et les personnes intéressées l'acceptent ou non.

²¹⁶ Par ex. les industriels qui envoient des marchandises à une exposition. V. R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II*, Paris, Dalloz, 1968, p. 22, § 400.

²¹⁷ Il convient de souligner que les deux contrats, contrat de transport et contrat de vente maritime, restent juridiquement indépendants, même s'ils sont éventuellement conclus entre les mêmes parties. Ils convergent sur le fait que dans le cas de la vente maritime, les biens transportés sont ceux qui font aussi l'objet de la vente. Si le transporteur connaît le chargeur-vendeur, il sait aussi qu'il doit délivrer à un destinataire-acheteur. En effet, les deux contrats forment « des nœuds susceptibles » de soulever des questions. Toutefois, la nature juridique de chaque contrat est différente, et, par ailleurs, le droit applicable à chacun d'eux est différent. (Le règles susceptibles d'application au contrat de vente sont les Incoterms, un droit étatique, la Convention de vente internationale des biens, etc., tandis que les règles applicables au contrat de transport peuvent être la Convention de la Haye-Visby ou autre texte international ou droit étatique.) V. Y. TASSEL, « Le transport dans les ventes maritimes », in *Etudes de droit maritime à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 345, R. HERRO, *Vente et transport, Indépendance ou interdépendance?*, Université de Paris I, PUAM, 2011, S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, §1.29, AUDIT B., *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, Paris, 1990.

²¹⁸ S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 149, § 4-003.

²¹⁹ Le type de vente maritime au départ le plus utilisé et, selon la codification des Incoterms, la vente FOB (« *Free on board* », « franco bord »). V. D. SASSOON, *C.I.F. and F.O.B. Contracts*, 4^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 1995.

²²⁰ R. RODIERE, E. DU PONTAVICE, *Droit maritime*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, Précis, 1997, p. 420.

²²¹ F. PETIT, La vocation au tripartisme du contrat de transport de marchandises, Thèse Université de Caen, [microfiche], 2005, p. 9, 171

le litige sera né entre lui-même et le transporteur²²². Ce type d'organisation de transport ne soulève pas vraiment de difficultés par rapport à la validité de la clause compromissoire. Il ne fait aucun doute que les effets juridiques des clauses d'un tel contrat engagent les parties initiales, à savoir le transporteur et le destinataire, qui possèdent un droit d'action direct, issu du contrat²²³.

ii. Le destinataire représenté

67. – Lors d'une vente au départ, l'acheteur-destinataire des marchandises peut également organiser le transport des biens par un intermédiaire. Il fait alors intervenir soit un commissionnaire, soit un vendeur. Lorsque le vendeur devient l'intermédiaire de l'acheteur pour l'organisation du transport, il est considéré comme l'agent de l'acheteur²²⁴.

Bien que la propriété passe à l'acheteur au départ, dans le cas d'une vente au départ (cf. vente CAF²²⁵), le vendeur peut intervenir afin de faciliter l'organisation du voyage. Ainsi, le vendeur prépare le voyage au nom et pour le compte, ou simplement pour le compte, de son acheteur²²⁶. La relation des deux opérateurs est régie par un mandat d'expédition, dans le cadre duquel le vendeur est chargé par son cocontractant (c'est-à-dire l'acheteur) de conclure un contrat de transport en qualité de

²²² Il convient de présenter une situation susceptible de soulever des questions par rapport aux parties au litige né en cas des avaries. La question se pose dans le cas où le destinataire-chargeur est la partie initiale au contrat de transport, ayant organisé le voyage avec le transporteur, suite à une vente au départ [p. ex. la vente FOB (« *Free on board* »)]. Si les marchandises arrivent endommagées à cause des avaries en cours du voyage, le vendeur de la vente FOB est réputé ne pas avoir exécuté son obligation de délivrer « *free on board* » la marchandise, selon les conditions prévues dans le contrat de vente. L'acheteur engagera la responsabilité du vendeur, sur la base du contrat de vente. Pourtant, le vendeur ne pourra pas, à son tour, agir contre le transporteur pour se faire indemniser, sur la base du contrat de transport, car le vendeur n'est pas partie à ce contrat. Le vendeur, dans cet exemple, aura intérêt à agir mais il ne sera pas considéré comme une partie, ni par le droit anglais, en application de la doctrine de *privity*, ni par les droits français et grec, en application de la théorie de l'effet relatif des contrats. Dans l'affaire *Pyrene Co Ltd v Scindia Steam Navigation Co Ltd*, [1954] 2 *Q.B.*, p. 402, [1954] 1 *Lloyd's Rep.* p. 321, [1954] 2 *All E.R.*, p. 158, le juge, inspiré par les principes de *Common law*, a statué l'existence d'un contrat tacite liant le tiers avec le transporteur afin de pouvoir agir à son encontre. (V. aussi Ch. DEPATTISTA, « Cargo claims and Bills of Lading », in *Southampton on Shipping Law, Institute of Maritime Law*, London, Informa, 2008, p. 93 (104 et 115).

²²³ Ch. DEPATTISTA, *op. cit.*, p. 93 (96).

²²⁴ R. RODIERE, E. DU PONTAVICE, *Droit maritime*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, Précis, 1997, p. 422.

²²⁵ Le sigle CAF correspond à l'expression française « Cout Assurance Fret », inspirée par les initiaux anglais CIF : « *Cost Insurance Freight* ». L'acheteur d'une vente CAF est débiteur envers son vendeur de trois sommes distinctes : du prix de la marchandise vendue, du fret du transport et du montant de l'assurance du transport (cf. CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Incoterms 2010, Les règles de l'ICC pour l'utilisation des termes de commerce nationaux et internationaux*, Paris, ICC Publication, 2010).

²²⁶ Ch. DEPATTISTA, *op. cit.*, p. 103.

mandataire²²⁷. Le vendeur se présente en tant qu'agent de l'acheteur qui est à la fois l'expéditeur « réel » et le destinataire des marchandises.

Lorsqu'il est prouvé que le vendeur agit en tant qu'agent du destinataire, le contrat de transport est réputé signé entre le destinataire et le transporteur²²⁸. Le droit d'action contractuel contre le transporteur reste effectivement entre les mains du destinataire²²⁹. Les parties sont engagées par l'ensemble des clauses du contrat. Il incombe également au transporteur et au vendeur (c'est-à-dire le mandataire) d'envoyer tous les documents nécessaires afin d'informer le destinataire des termes du contrat. Le destinataire ne peut pas invoquer l'ignorance d'un terme contractuel afin de se prévaloir de la non-application d'une clause à son encontre. Par ailleurs, aucun pouvoir particulier n'est exigé en termes de représentation pour la conclusion d'une clause compromissoire.

68. – Toutefois, l'apparition du destinataire en tant que troisième personne dans l'opération de transport maritime va bouleverser le rôle contractuel des parties impliquées. Revenons à l'exemple de la vente à destination. Le vendeur a l'obligation d'acheminer les marchandises jusqu'à l'acheteur. Ainsi, le vendeur organise le transport, agissant pour son propre compte, afin de respecter son obligation de livrer les biens vendus, une obligation issue du contrat de vente. Le destinataire est bien une personne distincte qui va recevoir la livraison. De même, le destinataire porteur d'un connaissement de charte-partie n'est pas considéré comme une partie *ab initio*, puisque son rôle dans l'opération maritime débute une fois que les parties au contrat d'affrètement transmettent ce document à ce tiers.

Nous verrons, par la suite, que le destinataire en tant que troisième personne est considéré, soit comme une partie adhérente, soit comme un tiers au contrat de transport. Il convient, ainsi, de présenter la base juridique permettant au destinataire

²²⁷ F. PETIT, La vocation au tripartisme du contrat de transport de marchandises, Thèse Université de Caen, [microfiche], 2005, p. 175.

²²⁸ Parfois, il est difficile de prouver que les actions entreprises par l'agent mandaté pour organiser le transport n'engagent pas sa responsabilité. A ce sens S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 16, § 1.30.

²²⁹ S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 210, § 5-003, qui souligne que lorsque la propriété est déjà passée au destinataire, il est évident que le chargeur organise le transport

d’être impliqué dans le contrat de transport et justifiant son droit d’action contre le transporteur, ainsi que son engagement par les clauses du contrat de transport.

**§2. Le destinataire : partie adhérente au contrat de transport maritime
du droit français**

69. – Dans le schéma triangulaire du transport maritime, le destinataire, personne distincte du chargeur, a une qualité juridique différente en fonction de la loi applicable au contrat de transport. Le droit français semble adopter la théorie de la nature tripartite du contrat de transport en lui attribuant la position d’une partie adhérente, à l’exception de l’effet relatif du contrat. La reconnaissance d’un contrat tripartite semble expliquer les droits contractuels directement accordés à cet opérateur partie au contrat.

Dans l’hypothèse où le contrat de transport maritime est régi par le droit français, le destinataire se voit lié en tant que partie, par l’ensemble des clauses contractuelles. Or, les conditions de validité de la clause compromissoire, à l’égard des parties, du destinataire compris, sont indiquées par les normes qui régissent spécifiquement cette clause. Nous verrons par la suite que pour déterminer ces normes, un raisonnement propre en matière d’arbitrage international doit être suivi²³⁰.

Avant de présenter la position de la partie adhérente, soutenue par la jurisprudence et une partie de la doctrine française (B), il convient d’analyser brièvement le rôle du destinataire dans son implication au contrat en tant que tierce personne (A).

A. Le rôle du destinataire dans le contrat

70. – Une présentation exhaustive du rôle du destinataire dans l’opération commerciale du transport maritime dépasserait le sujet de notre étude. Cependant, il est utile de présenter brièvement les principaux droits et obligations du destinataire

en tant que son agent (v. *Texas Instrument Ltd v Nason Europe Ltd* [1991] 1 *Lloyd’s Rep.* p. 146), R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II*, Paris, Dalloz, 1968, p. 24, § 405.

²³⁰ V. *infra* Titre II, Première Partie.

suite à son implication dans ce contrat, afin de mieux comprendre le fondement juridique des droits contractuels directement nés en sa faveur.

71. – Le destinataire n'est pas présent lors de la conclusion du contrat. A ce stade, le chargeur ou le transitaire préparera les documents indispensables au transport et les soumettra pour vérification au transporteur, qui va, ensuite, les retourner au chargeur ou au transitaire qui les tiendra à la disposition du chargeur.

La définition du contrat de transport maritime, en droit français, nous renseigne peu sur les parties. La définition dans la loi fait référence à la personne du chargeur et du transporteur²³¹. Le destinataire n'est mentionné que plus loin, parmi les personnes « intéressées » au transport²³². Le titre de transport n'est pas non plus un critère suffisant pour identifier la place du destinataire dans l'opération. Comme nous l'avons déjà mentionné, le connaissement peut porter la signature du transporteur et, aussi du chargeur, sans que cela soit une obligation²³³. La possibilité de retrouver la signature du destinataire est presque inexistante, d'autant plus que, souvent, son identité n'est pas connue au début de l'opération, sa révélation n'ayant lieu qu'à la fin du transport et lors de la livraison.

72. – Néanmoins, malgré l'absence d'identification ou de présence physique du destinataire au moment de la conclusion du contrat, nul ne peut nier qu'il est « présent », dans le sens que le transporteur et le chargeur connaissent son existence. Le destinataire est aussi la raison d'être de cette opération maritime²³⁴. Ils savent qu'une personne déterminée se présentera à l'arrivée pour prendre livraison au port d'acheminement²³⁵, et c'est cette

²³¹ Art. L 5422-1 C. trans. français « [p]ar le contrat de transport maritime, le chargeur s'engage à payer un fret déterminé et le transporteur à acheminer une marchandise déterminée, d'un port à un autre. »

²³² Art. L 5422-2 C. trans. français: « Les dispositions du présent titre s'appliquent : 1° Aux rapports entre tous les intéressés au transport, en l'absence de charte-partie ; 2° Aux connaissements émis en exécution d'une charte-partie, dans les rapports du transporteur et des tiers porteurs. » En matière du droit de transport terrestre, nous sommes surpris d'observer que le législateur ne manque pas de préciser que les parties au contrat de transport sont l'expéditeur, le transporteur et le destinataire (L.132-8 C. com. Français). V. aussi l'arrêt Cass. com., 4 janv. 2005, Pourvoi n° 03-17.677, *Bull. civ.* n° 32 (le destinataire est considéré comme une partie dès la formation du contrat, mais l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction lui est opposable lors de son acceptation spéciale, car elle ne fait pas partie de l'économie du contrat.

²³³ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 653, § 961. Encore faute de signature du transporteur cela ne signifie pas la nullité du document mais justement que le connaissement ne constitue pas une preuve mais un commencement de preuve.

²³⁴ *Ibid.*, p. 634, § 931.

²³⁵ En vertu de l'article 49 du Décret 1966 « *Le capitaine ou le consignataire du navire doit livrer la marchandise au destinataire ou à son représentant. [...]* ». Le transporteur ou son représentant (Art. 51 D 1966 : « *Le consignataire du navire représente le transporteur. [...]* ») doit livrer la marchandise au destinataire ou à son représentant (Art. 52 D 1966 : « *Le consignataire de la cargaison représente le destinataire. [...] La livraison des marchandises entre ses mains libère le transporteur de la même manière qu'elle le libère entre les mains du destinataire. »*)

personne précise qui bénéficiera d'une action en responsabilité (action contractuelle) au cas d'endommagement de la marchandise²³⁶. Sauf quand le chargeur expédie la marchandise à lui-même, le contrat de transport met inéluctablement en présence ces trois personnes²³⁷ : le chargeur, le transporteur et le destinataire.

D'un autre côté, le destinataire est investi non seulement des droits²³⁸ mais aussi des obligations émanant du contrat. L'obligation principale du destinataire est de retirer la marchandise à l'arrivée, parfois dans un délai précis²³⁹. Par ailleurs, s'il est prévu que le fret soit payable « à destination »²⁴⁰, le destinataire devra aussi payer le fret convenu entre le transporteur et le chargeur. Pourtant, afin que l'obligation de payer le fret incombe au destinataire, il faut qu'il accepte réception de la marchandise. En acceptant livraison, il s'intègre volontairement au contrat²⁴¹ et peut ainsi être affecté par ces termes. Par conséquent, le transporteur peut exercer une action en paiement du fret contre le destinataire²⁴².

²³⁶ J-P TOSI, « L'adhésion du destinataire au contrat de transport », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, Vol. 2, p. 175. Parfois, le destinataire est le seul à subir des préjudices, et donc, le seul à avoir le droit d'agir en justice contre le transporteur.

²³⁷ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 634, § 931.

²³⁸ Dans la pratique, le chargeur a le droit de « disposition » qui signifie le droit de donner l'ordre au transporteur de changer le port de livraison de la marchandise. Le droit de disposition n'est pas expressément prévu dans la matière du transport maritime, mais il est largement reconnu au transport terrestre. La doctrine et la jurisprudence ont cependant accepté que l'expéditeur maritime puisse aussi avoir ce droit, soumis à certaines conditions. (V. en ce sens J-P TOSI, « L'adhésion du destinataire au contrat de transport », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, Vol. 2, p. 175, M. REMOND-GUILLOU, « Du droit de disposition », *DMF* 1990, p. 587. A partir d'un certain moment, le chargeur perd l'exercice de ce droit, et c'est le destinataire qui peut l'avoir. La possession de sa part des documents de transport, notamment du connaissement à ordre ou au porteur, justifie l'obligation du transporteur de respecter les ordres du destinataire, sous certaines conditions (concernant la sécurité de l'opération normale du transport et l'entreprise des frais éventuels), autrement, le transporteur doit supporter la responsabilité. (P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 702, § 1030, Aix-en-Provence, 8 janv. 1998, *DMF* 1998, p. 1026, obs. Y. TASSEL, *DMF* 1999, Hors Série, n° 3, n° 92, obs. P. BONASSIES) Les Règles de Rotterdam consacrent aussi, un chapitre à la « Partie contrôlante » qui est le chargeur, à moins qu'il ne désigne une autre personne (par ex. le destinataire). (V. Art. 50-56 Règles de Rotterdam). La discussion sur le droit de disposition soulève des questions par rapport au fondement juridique sur lequel le destinataire peut engager la responsabilité du transporteur au cas de non respect de ses instructions. Dans le cadre de la recherche de sa position contractuelle, on étudie également le fondement juridique pour l'exercice par le destinataire de tous les droits découlés du contrat. (J-P TOSI, « L'adhésion du destinataire au contrat de transport », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, Vol. 2, p. 175, F. PETIT, La vocation au tripartisme du contrat de transport de marchandises, Thèse Université de Caen, [microfiche], 2005, p. 307).

²³⁹ Si le destinataire ne retire pas la marchandise dans un délai précis, il n'y a pas de conséquences concrètes, à l'exception de l'article 53 D 1966 qui dispose que le transporteur a le droit de faire vendre la marchandise, par autorité de justice, pour s'assurer le paiement de son fret. Il est aussi possible que la marchandise soit juridiquement livrée au destinataire, placée en dépôt d'office. (P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 715, § 1043, Rouen, 31 mars 2006, *DMF* 2007, Hors Série, n° 11, n° 66). Sur le fait que « prendre livraison » peut être considéré à la fois comme un droit et une obligation, v. J-P TOSI, « L'adhésion du destinataire au contrat de transport », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, Vol. 2, p. 175.

²⁴⁰ En vertu de l'article 41, al. 2 D 1966 : « [e]n cas de fret payable à destination, le réceptionnaire en est également débiteur s'il accepte la livraison de la marchandise. »

²⁴¹ R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II*, Paris, Dalloz, 1968, p. 24, § 405.

²⁴² *Ibid.*, J-P TOSI, « L'adhésion du destinataire au contrat de transport », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, Vol. 2, p. 175.

73. – Dans ce cadre contractuel, après avoir présenté la place du destinataire dans l'opération de transport, il convient de rechercher le fondement juridique sur lequel il acquiert ses droits et obligations, tout en étant absent au moment de la conclusion du contrat. La base juridique lui permettant de se prévaloir des clauses contractuelles définit aussi les conditions de son engagement par les clauses du même contrat. Cette analyse nous permettra de mieux comprendre, dans un deuxième temps, les conditions que le droit français exige pour l'engagement du destinataire par la clause compromissoire.

B. La théorie du contrat « tripartite »

74. – L'adoption de la théorie du « contrat de transport tripartite » n'est qu'une évolution récente en droit français. Dans le passé, plusieurs théories ont été soutenues afin d'expliquer la qualité juridique du destinataire et ses droits « contractuels ». Le droit français, après avoir jugé insuffisantes les doctrines de la « stipulation pour autrui »²⁴³, du « connaissance »²⁴⁴ ainsi que de la « cession des droits »²⁴⁵, semble,

²⁴³ L'arrêt du 2 décembre 1891 de la Cour de cassation précise que « *tout expéditeur [...] stipule [...] pour le destinataire* » (S. 1892, 1, p. 161). L'arrêt du 20 mai 1912 (Cass. civ. 20 mai 1912, S. 1912, 1, p. 368, D. 1912, 1, p. 259) de la même Cour a relevé qu'« *au regard du connaissance, la situation du destinataire qui réclame l'exécution du contrat de transport est la même que celle de l'expéditeur* » ; V. aussi Cass. 12 avr. 1948, BT 1948, p. 584, Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 1978, JCP 1980, II, 19315, note P. RODIERE. Toutefois, le droit français a abandonné cette théorie en se basant sur des arguments que le tiers peut devenir bénéficiaire d'un droit, né en dehors de sa participation, lors de la conclusion d'un contrat entre deux autres parties. Or, l'obligation du destinataire de payer le fret en port dû semble incompatible avec la nature de la « stipulation » permise. V. à ce sens, G. RIPERT, *Droit maritime*, T. II, 4^e éd., Paris, Ed. Rousseau et Cie, 1952, p. 492, § 1584, R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports*, T. II, Paris, Dalloz, 1968, p. 26, § 407, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2010, p. 635, § 932, M. REMOND-GUILLOUD, *Le contrat de transport*, Connaissance de droit, Paris, Dalloz, 1993, p. 33, F. PETIT, La vocation au tripartisme du contrat de transport de marchandises, Thèse Université de Caen, [microfiche], 2005, p. 46 (55 et suiv.) Pourtant, il faut souligner que l'existence d'une stipulation pour autrui n'est pas incompatible avec la naissance d'une obligation qui a été acceptée par le bénéficiaire. (V. B. MERCADAL, « Le contrat de transport », *Rép. comm.* Dalloz, 2008, n° 88, Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1987, *Bull. civ.* I, n° 343, D. 1988, IR 3, V. G. VENANDET, « La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire », *JCP G* 1989, I, 3391, Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 1978, *JCP* 1980, II, 19315, note R. RODIERE.) Il est important de souligner que le droit grec fonde, toujours, les droits contractuels du destinataire sur la doctrine de la stipulation pour autrui et sur la nature cambiaire du titre de transport. V. *infra*, n° 86.

²⁴⁴ Selon cette théorie, le connaissance, titre représentatif des marchandises, explique la naissance des droits et des obligations nés à la personne de son porteur ou du destinataire. Celui-ci justifie son rôle dans l'opération par le connaissance et à cause du connaissance. Il peut exiger du transporteur de lui livrer la marchandise, et en même temps il est titulaire d'une action en dommages-intérêts contre lui dans le cas de non livraison, en se basant sur le contenu du connaissance. Cette analyse se trouve derrière l'affirmation que seules les clauses du connaissance, en tant que titre littéral, sont opposables au destinataire (v. G. RIPERT, *Droit maritime*, T. II, 4^e éd., Paris, Ed. Rousseau et Cie, 1952, p. 493 et suiv., KERGUELEN-NEYROLLES B. (Dir.), *Lamy Transport Tome 2*, Lamy, 2014, n° 645, n° 646). Cette doctrine fut aussi l'objet d'objections sérieuses car d'une part, elle ne couvre pas le transport effectué sous un document autre que le connaissance (lettre de transport) et d'autre part, elle ne justifie pas comment le droit d'action du destinataire est uniquement fondé sur le contrat de transport et non pas sur la propriété des marchandises transférée par le connaissance. Autrement dit, le fait que le destinataire puisse être propriétaire des marchandises ne justifie pas l'action contre le transporteur, qui est uniquement lié par le contrat de transport. V. dans ce sens, R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports*, T. II, Paris, Dalloz, 1968, p. 28, § 408, R. RODIERE, E. DU PONTAVICE, *Droit maritime*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, Précis, 1997, p. 337, § 359, A. ROYER-FLEURY, *Essai d'une théorie juridique du connaissance et des autres titres du transport maritime des marchandises*, Thèse Université de Nantes, [microfiche], 2004.

²⁴⁵ Une autre théorie soutenait que le destinataire succède au chargeur qui est cessionnaire des droits du contrat de transport. Toutefois, cette explication ne prend pas en compte le statut du destinataire. Elle n'explique pas comment le destinataire peut demander réparation pour des dommages que le chargeur n'a pas personnellement éprouvés. Aussi, la notion de cession

finalement, adopter la théorie du contrat de transport « tripartite », attribuant au destinataire la position d'une partie adhérente au contrat²⁴⁶.

75. – En l'absence de position claire du droit positif, la jurisprudence reconnaît les droits contractuels directement nés au nom du destinataire, sans préciser de fondement juridique autre que le mécanisme du contrat de transport. Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour de Cassation du 13 mai 1966²⁴⁷ et du 3 juin 1964²⁴⁸, la nature du contrat de transport sous connaissance désigne le droit du destinataire « [...] *de se prévaloir de la convention intervenue entre transporteur maritime* [...] » et accorder « [...] *aux fins de délivrance de la marchandise* ». Prenant comme point de départ la nature contractuelle du droit d'action du destinataire contre le transporteur, la doctrine française, eu égard à cette jurisprudence, admet que le transport est une opération qui associe contractuellement trois personnes : le chargeur, le transporteur et le destinataire²⁴⁹. Les relations entre le chargeur et le transporteur « *n'existent que pour amener la marchandise entre les mains du destinataire* »²⁵⁰.

76. – Une partie importante de la doctrine considère le destinataire comme une partie au contrat dès le début de la formation du contrat. En s'appuyant sur sa présence indispensable et sur l'objectif du contrat de transport, elle attribue à cette personne une qualité de partie *ab initio*, s'alignant à cet égard avec le contrat de transport terrestre²⁵¹. De la même manière, selon le Doyen Rodière, le contrat de transport

suppose la disparition du cédant, idée non compatible avec la position du chargeur et du destinataire dans le contrat de transport (v. R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. I*, Paris, Dalloz, 1967, p. 393, § 363 et suiv., *ibid. T. II*, p. 26, § 407). Toutefois, ces objections n'ont pas empêché le droit anglais d'expliquer les droits du destinataire par la cession effectuée suivant la transmission d'un titre de transport, pas forcément négociable (v. *infra* n° 82).

²⁴⁶ Avant d'être considéré par la doctrine comme un contrat « tripartite », le contrat de transport maritime rentrait dans la catégorie générale des « contrats à trois personnes », tout en étant distinct du contrat de stipulation pour autrui [v. C. LEGROS, *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*, Thèse Université de Rouen, [microfiche], 1999, p. 12].

²⁴⁷ DMF 1966, p. 531.

²⁴⁸ DMF 1964, p. 588.

²⁴⁹ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 635, § 932, R. RODIERE, E. DU PONTAVICE, *Droit maritime*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, Précis, 1997, p. 336, M. REMOND-GOUILLOU, *Le contrat de transport*, Connaissance de droit, Paris, Dalloz, 1993, p. 31(34).

²⁵⁰ R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II*, Paris, Dalloz, 1968, p. 27, § 408, R. RODIERE, E. DU PONTAVICE, *op. cit.*, p. 336. Selon Vialard, le destinataire n'est ni une partie ordinaire, ni un tiers ordinaire. Il est intégré au processus contractuel lors de l'exécution de celui-ci, dès l'instant où il reçoit le titre qui lui permet de réclamer la livraison à l'arrivée de la marchandise. En l'absence du titre qui constate son droit sur la marchandise (le connaissance), il n'est pas intégré à l'exécution du contrat, par conséquent, il n'est pas partie au contrat. Par conséquent, il n'a aucun intérêt à la bonne exécution du contrat, et rien ne justifie son droit à une action contractuelle contre le transporteur (A. VIALARD, *Droit maritime*, Paris, PUF, 1997, p. 376).

²⁵¹ L. 132-8 C. com. Français « La lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur, le voiturier et le destinataire ou entre l'expéditeur, le destinataire, le commissionnaire et le voiturier. Le voiturier exerce ainsi une action directe en paiement de

maritime « 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 »²⁵². A l'appui de cette théorie, le contrat de transport est considéré comme une exception à la règle de l'effet relatif des contrats, prévu dans l'article 1165 C. civ. français. La nature même de ce contrat justifie cette exception par la « fonction économique » et le « caractère synallagmatique » du contrat qui prévoit les obligations et les droits du destinataire.

Du Pontavice²⁵³ reprend la définition du contrat de transport du Scapel, selon laquelle le contrat de transport : « c'est la Convention par laquelle une personne dénommée chargeur remet à un transporteur maritime une certaine quantité de marchandises, qui, moyennant le paiement d'un fret, doit être délivrée au réceptionnaire au lieu de destination prévu par le contrat ». Pour lui aussi, il s'agit d'un contrat tripartite, mettant en jeu le chargeur, le transporteur et le destinataire. Dans ce mécanisme, le transporteur est considéré comme la personne qui conclut le contrat pour son compte et pour le compte de la troisième personne, à savoir le destinataire. Selon cette approche, les rapports contractuels des personnes impliquées permettent, d'une part, au destinataire d'exercer un droit propre contre le transporteur, pour obtenir la livraison de la marchandise, et, d'autre part, au transporteur de réclamer des dommages-intérêts tant contre le chargeur que contre le destinataire²⁵⁴.

77. – Néanmoins, une position légèrement différente exprimée par la doctrine attire notre attention sur une analyse récente. Pour partie de la doctrine²⁵⁵, la nature juridique du contrat de transport est fondée sur la constatation d'une « discontinuité » dans la formation et l'exécution du contrat de transport. Au départ de l'opération, il

ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire, lesquels sont garants du paiement du prix du transport. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

²⁵² R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II, op. cit.*, p. 27, § 408. L'auteur reprend cette position à plusieurs reprises ; v. aussi R. RODIERE, « L'association du destinataire au contrat de transport », *BT* 1976, p. 360, *Id.*, *Droit de transports, Transports terrestres et aériens*, t. 2, 2^e éd., 1977, n° 365.

²⁵³ E. DU PONTAVICE, P. CORDIER, *Transport et Affrètement maritimes*, 2^{ème} éd., Paris, Encyclopédie Delmas, 1990.

²⁵⁴ Du Pontavice affirme, aussi, l'inopportunité et l'inutilité de recourir à un mécanisme du droit romain, cf. la stipulation pour autrui, pour justifier une pratique du monde commercial, établissant des droits et des obligations directement nés entre les parties.

²⁵⁵ J-P TOSI, « L'adhésion du destinataire au contrat de transport », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, Vol. 2, p. 175, A. ROYER-FLEURY, *Essai d'une théorie juridique du connaissance et des autres titres de transport maritime*, Thèse

est évident que le destinataire n'est pas partie au contrat, d'autant plus quand son identité n'est pas connue du transporteur ni même du chargeur²⁵⁶. Il demeure ainsi un tiers à ce stade de la procédure, tout en justifiant l'application limitée dans le temps de la stipulation pour autrui ou même la promesse de porte-fort²⁵⁷.

Cependant, le chargeur demande au transporteur de s'engager à livrer la marchandise à un destinataire. En réalité, il s'agit d'une promesse envers le destinataire, tiers bénéficiaire, qui peut adhérer au contrat et demander au transporteur l'exécution du contrat. Jusqu'au moment de son adhésion, le chargeur a toujours le droit de disposition, (il s'agit du droit de contrôler le déplacement de la marchandise), tandis que le destinataire ne peut exercer aucun droit découlant du contrat. Donc, pendant cette phase de l'opération, le contrat reste un contrat bipartite, avec une offre à laquelle le destinataire est censé adhérer²⁵⁸. Le destinataire ne devient partie au contrat qu'après avoir accepté de s'y soumettre en recevant livraison de la marchandise²⁵⁹.

Université de Nantes, [microfiche], 2004, F. PETIT, La vocation au tripartisme du contrat de transport de marchandises, Thèse Université de Caen, [microfiche], 2005, p. 243 et suiv.

²⁵⁶ Soit le chargeur désigne le destinataire dès la conclusion du contrat de transport, ce qui est le cas d'un vendeur à distance des marchandises qui est en charge de les faire parvenir à l'acheteur-destinataire. Soit, l'expéditeur procède à la désignation du destinataire en cours de transport, ce qui est le cas d'un expéditeur qui négocie avec plusieurs importateurs et, certain de conclure le contrat de vente avec l'un d'eux, il commence l'acheminement de la marchandise, ne désignant l'identité du destinataire que pendant l'exécution du transport.

²⁵⁷ Mme Rémond-Gouilloud soutient également que le contrat de transport est un contrat « triangulaire », dans lequel la volonté des trois personnes se manifeste. Cet auteur reconnaît la particularité de l'absence du destinataire lors de la formation du contrat, et l'explique par le recours à l'article 1120 c.civ. français. En vertu de cet article : « [...] on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement. » La promesse de porte-fort est envisagée comme une représentation sans pouvoir, dont l'efficacité est subordonnée à une ratification ultérieure du tiers (v. J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 1015, n° 940). En la personne du chargeur, on trouve celui qui porte-fort pour le destinataire, et il exécutera à sa place si le destinataire ne ratifie pas le contrat. Le chargeur est tenu envers le transporteur à double titre, d'abord pour son propre compte (de respecter ses obligations envers lui), ensuite pour le compte du destinataire (qui prendra livraison à l'arrivée du navire). Le dernier en remplissant ses obligations, ratifie tacitement et rétroactivement le contrat de transport, remontant au jour de sa conclusion. V. M. REMOND-GOUILLOUD, *Le contrat de transport*, Connaissance de droit, Paris, Dalloz, 1993, p. 33 et suiv., M. REMOND-GOUILLOUD, *Droit maritime*, 2^e éd., Paris, Ed. Pédone, 1993, p. 393. Cette doctrine a été également critiquée sur le fondement que malgré la reconnaissance au destinataire d'une « place à part entière dans le contrat », la promesse de porte-fort reste une forme particulière de représentation. Or, l'expéditeur ne peut pas être considéré comme le représentant du destinataire dans la formation du contrat de transport, car, leur rapport contractuel est également influencé par le contrat de base les liant et en vertu duquel le transport est organisé. Lorsque le transport est considéré comme l'exécution de l'obligation de livraison (issue du contrat de base, à savoir souvent un contrat de vente), dont le débiteur est le chargeur et le créancier est le destinataire, un conflit d'intérêt survient dans ce schéma compliqué. Ce conflit d'intérêt empêcherait toute idée de représentation du destinataire par le chargeur. Pour la critique précitée v. F. PETIT, La vocation au tripartisme du contrat de transport de marchandises, Thèse Université de Caen, [microfiche], 2005, p. 89 et suiv.

²⁵⁸ F. PETIT, *ibid.*, p. 15, 40.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 15, 126.

En effet, en adhérant au contrat, le destinataire accepte l'offre d'adhésion, émanant des autres parties initiales : le transporteur et l'expéditeur sont d'accord pour proposer à une autre personne d'intégrer ultérieurement leur lien contractuel²⁶⁰. Selon cette doctrine, le contrat de transport n'est pas, par nature, un contrat tripartite mais un contrat qui « possède une vocation au tripartisme »²⁶¹. Il en devient un, après la formation en deux temps, qui a lieu par l'adhésion du destinataire.

En adhérant, le destinataire devient une véritable partie au contrat. Le droit de disposition du chargeur cesse d'exister après l'adhésion du destinataire. A partir de ce moment-là, c'est le destinataire qui devient le maître de l'opération, et détient le droit de disposition.

78. – La jurisprudence²⁶² adopte également la théorie de l'« adhésion », reconnaissant au destinataire une place contractuelle au contrat de transport maritime. Néanmoins, le fondement de cette solution n'est pas pleinement fourni par ces décisions et la phase de l'adhésion du destinataire suscite toujours un débat au sein de la doctrine comme de la jurisprudence²⁶³. La question du moment et des moyens de son adhésion reste donc à résoudre.

En l'occurrence, il convient de faire la distinction entre plusieurs cas de figure. Le destinataire peut accepter la livraison de marchandises manifestant ainsi son accord à l'adhésion²⁶⁴. Toutefois, il peut également refuser la réception des marchandises, soit dans le but de protester contre une mauvaise exécution du contrat de transport²⁶⁵, soit dans un souci de refuser toute implication au contrat de transport signé entre chargeur et transporteur²⁶⁶.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 136, 175.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 15, 175.

²⁶² Cass. com., 28 fév. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 81, Cass. Com., 6 oct. 1992, *Bull. Civ. IV*, n° 300, *BTL* 1992, p. 669, *RJDA* 1992, p. 1020, Cass. Com. 29 nov. 1994, *Navires Harmony et Nagasaki*, *DMF* 1995, p. 209 (216), note P. BONASSIES, Cass. com. 18 mars 2003, *Navire Pépino*, *Bull. civ. IV*, n° 49, *RDC* 2003, p. 139, obs. Ph. DELEBECQUE, « Le destinataire tiers ou partie au contrat de transport ? », *D.* 2003, *A. J.*, n° 17, p. 1164, obs. E. CHEVRIER.

²⁶³ F. PETIT, La vocation au tripartisme du contrat de transport de marchandises, Thèse Université de Caen, [microfiche], 2005, p. 34 et suiv.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 230, J. VALLANSAN, « Livraison et adhésion du destinataire au contrat de transport », *LPA* 29 avril 1994, n° 51, p. 11.

²⁶⁵ Cass. com. 8 oct. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 228.

²⁶⁶ Dans ce dernier cas, il est opportun de rechercher les conséquences d'un refus de recevoir considéré comme abusif. Les conséquences sont d'abord recherchées dans la violation du contrat de base (contrat sous-jacent qui oblige tant la livraison,

En mettant de côté l'analyse de ce dernier cas de figure²⁶⁷, il est évident que l'acte d'adhésion du destinataire doit faire l'objet d'une interprétation, selon les usages de la pratique. La volonté du destinataire exprimée par l'acte d'acceptation (ou de refus) de la livraison de la marchandise témoigne de son adhésion (ou non) au contrat de transport, ainsi qu'aux clauses spécifiques de celui-ci.

79. – Malgré l'attribution au destinataire d'un rôle assez actif dans le contrat de transport, son engagement par une clause d'arbitrage reste toujours restreint. La méfiance est basée, cette fois-ci, sur la position particulière d'une partie « adhérente » au contrat de transport qui n'a pas eu la possibilité de négocier le contrat avec les autres cocontractants. Or, la même difficulté a été soulevée, pendant un moment, au vu de l'engagement du chargeur de respecter les clauses du même contrat. Il semble que l'attribution de la qualité de partie au destinataire ne soit pas suffisante pour la pleine reconnaissance des effets juridiques de ses clauses à son encontre²⁶⁸.

Section II : Les tiers au contrat de transport maritime de marchandises

80. – Dans cette catégorie, nous envisageons de traiter, principalement, le destinataire des marchandises lorsqu'il est considéré comme un opérateur-tiers au contrat de transport. Comme nous l'avons déjà indiqué, il s'agit des cas des droits anglais et grec, selon lesquels le destinataire ne participe à aucun stade de la formation du contrat de transport et est lié en tant que tiers (§1). Il convient aussi, par la suite, de présenter brièvement les opérateurs véritablement tiers impliqués dans le transport, tels que les assureurs subrogés (§2). Même si les personnes précitées ne sont pas parties au contrat, elles sont, néanmoins, susceptibles de se voir liées par les clauses du contrat, et notamment la clause d'arbitrage, selon des conditions bien précises et applicables aux tiers.

effectuée par le transport maritime, que l'acceptation de la marchandise) qui lie le destinataire et le chargeur. V. à ce sens F. PETIT, *op. cit.*, p. 198 et suiv.

²⁶⁷ Nous n'étudierons pas le cas selon lequel le refus du destinataire de prendre livraison est interprété comme un refus de se voir lié par le contrat de transport de manière générale.

²⁶⁸ V. *infra*, Deuxième Partie, Titre II, Chapitre II, Section I.

§1. Le destinataire : tiers au contrat de transport maritime de marchandises

81. – Même si le rôle du destinataire dans le contrat de transport reste le même dans les trois systèmes juridiques ici étudiés, lui conférant des droits et des obligations similaires, sa qualité juridique change radicalement. Dans les droits anglais et grec, le destinataire, en tant que personne distincte du chargeur, est un tiers audit contrat. La différence entre les systèmes juridiques précités réside dans l'application des différentes bases légales permettant de justifier les droits contractuels qu'il jouit. Nous verrons ainsi, que le destinataire du droit anglais acquiert ses droits par cession (A), tandis qu'en droit grec, il bénéficie d'une stipulation pour autrui (B).

A. La doctrine de la cession des droits contractuels au destinataire-tiers : le droit anglais

82. – Dans la famille des droits romano-germaniques, le principe de l'effet relatif des contrats n'explique pas les droits contractuels attribués au destinataire qui n'a pas participé à la formation et la conclusion du contrat. La reconnaissance d'un contrat tripartite est la solution proposée par le droit français afin de tenter d'expliquer la position du destinataire. Le droit anglais, issu de la famille des droits de *Common law*, reconnaît également un principe ayant une conséquence similaire, celui de réserver l'effet juridique d'un contrat aux personnes ayant participé à sa formation. Il s'agit du principe de « *privity of contracts* », équivalent du principe de « l'effet relatif ».

En droit anglais, face au fameux schéma triangulaire et conformément au principe de *privity* de *Common law*, lorsque le destinataire reste le seul à subir le préjudice des marchandises avariées pendant le transport, il ne dispose pas du droit d'action contractuel et direct, puisqu'il n'a pas conclu ni signé le contrat de transport avec les autres parties initiales²⁶⁹. Le principe de *privity* complique davantage la situation dans

²⁶⁹ S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 176, § 5-002, Ch. DEPARTISTA, "Cargo claims and Bills of Lading", in *Southampton on Shipping Law, Institute of Maritime Law*, London, Informa, 2008, p. 93 (97 s.), J. CHITTY, H.G. BEALE, *Chitty on contracts*, Vol. 1, 31^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell Thomson Reuters, 2012, § 18-019, *Beswick v. Beswick*, HL, [1968] A.C., p. 58, [1967] 2 All E.R., p. 1197

le cas d'une vente maritime. Lorsque la marchandise arrive endommagée, le destinataire, le seul à avoir subi le préjudice, n'a pas le droit d'agir contre le transporteur. Par ailleurs, si le chargeur, le seul à avoir le « droit d'agir », a déjà reçu son paiement dû par la vente des marchandises, il n'a pas d'« intérêt à agir » à l'encontre du transporteur responsable des avaries provoqués aux marchandises.

83. – Conscient de cette injustice, le législateur anglais a réagi en adoptant le « *Bills of Lading Act 1855* »²⁷⁰ (ci-après « *Act 1855* »). Cette loi palliait les difficultés nées de la rigidité de la doctrine de *privity* dans le contrat de transport maritime. Ainsi, même s'ils sont considérés comme des parties tierces au contrat du transport maritime, les porteurs de certains titres de transport, limitativement énumérés et concrètement définis dans l'acte, acquéraient le droit d'agir contre le transporteur. Les droits contractuels du destinataire-porteur du connaissement étaient liés au transfert de la propriété sur la marchandise. Le destinataire était le cessionnaire légal des droits issus du contrat de transport, lorsqu'un transfert de propriété a eu lieu simultanément²⁷¹. Toutefois, au regard des dispositions de l'*Act 1855*, l'association du transfert de la propriété à la cession des droits du contrat de transport n'offrait pas des solutions toujours satisfaisantes²⁷².

Les conséquences, souvent injustes, retenues par l'*Act 1855* ont été prises en compte et l'adoption du « *Carriage of Goods by Sea Act 1992* »²⁷³ (ci-après « *Act 1992* ») a modifié le texte dans ce sens. Conformément au nouvel *Act 1992*, le destinataire des marchandises, tout en restant un tiers au contrat, peut se prévaloir des dispositions contractuelles, lorsqu'il détient un titre permettant le transfert des droits et des

²⁷⁰ Cette loi a été adoptée afin de permettre aux porteurs d'un titre représentatif des marchandises, acquérant la propriété sur les marchandises, de pouvoir exercer des droits issus du contrat de transport à l'encontre du transporteur, partie initiale au contrat.

²⁷¹ Le droit anglais, dans une perspective de dépasser globalement le problème de rigidité imposé par la doctrine de *privity* dans le droit des contrats, impliquant plus de deux parties dans leur exécution, a adopté le « *Contracts (Rights of third parties) Act 1999* ». Cette loi exclut expressément de son champ d'application les contrats de transport maritime [v. section 6(5) (a) de l'*Act 1999*], qui continue donc à être soumis à l'*Act* de 1992 précité.

²⁷² S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 93, § 8.13, Law Commission Report, Rights of Suit in Respect of Carriage of Goods by Sea, LawCom N° 196 (Scot LawCom N° 130), §§2.2, et pour une affaire caractéristique, donnant lieu à une solution non adéquate, v. *Enichem Anic SpA v Ampelos Shipping Co Ltd (The Delfini)*, CA, [1990] 1 *Lloyd's Rep.* p. 252, aussi G.H. TREITEL, « Passing of Property under c.i.f. Contracts and the Bills of Lading Act 1855 », *LMCLQ* 1990, n° 1, p. 1.

²⁷³ S.C. BOYD et al., *Scrutton on Charterparties*, 21^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2008, p. 26, Art. 14, S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 221, § 5-012, R. BRADGATE, F. WHITE, « The Carriage of Goods by Sea Act 1992 », (56) *MLR* 1993, n° 1, p. 188, G. HUMPHREYS, A. HIGGS, « An overview of the implications of the Carriage of the Goods by Sea Act 1992 », *JBL* 1993, p. 61, F.M.B. REYNOLDS, « Carriage of the Goods by Sea Act 1992 », *LMCLQ* 1993, p. 436, T. HOWARD, « Carriage of the Goods by Sea Act 1992 », *JMLC* 1993, vol. 24, n° 1, p. 181, B. REYNOLDS, « Further thoughts on the Carriage of the Goods by Sea Act 1992 (UK) », *JMLC* 1994, vol. 25, n° 1, p. 143.

obligations du contrat. L'article 2(a) de l'Acte 1992²⁷⁴ dispose que sont susceptibles de transférer les droits contractuels à l'encontre du transporteur, le connaissement, ainsi que la lettre de transport maritime et le « *Delivery order* ». Il a été également pris le soin de définir et délimiter la notion de ces titres²⁷⁵, par souci d'avertir les opérateurs du transport maritime des titres soumis à ce régime. Par ailleurs, l'Acte 1992 dissocie l'acquisition des droits émanant du contrat de transport et le transfert de la propriété sur les marchandises²⁷⁶.

84. – Dans l'Acte 1992, la qualité juridique du destinataire n'a cependant pas été modifiée. Il s'agit toujours d'une cession légale des droits contractuels au destinataire-porteur du titre de transport²⁷⁷. Le porteur d'un des titres de transport mentionnés dans la loi demeure un tiers par rapport au contrat de transport, qui est toujours considéré comme un contrat consensuel et bipartite²⁷⁸. Néanmoins, il acquiert le droit d'action afin d'engager la responsabilité du transporteur en cas de mauvaise exécution du contrat, comme s'il était partie au contrat initial²⁷⁹. En cédant ces droits d'action, le chargeur (partie initiale au contrat de transport) n'a plus de droits contractuels contre le transporteur²⁸⁰.

²⁷⁴ Art. 2.1 Act 1992: "[...] a person who becomes –(a) the lawful holder of a bill of lading; (b) the person who (without being an original party to the contract of carriage) is the person to whom delivery of the goods to which a sea waybill relates is to be made by the carrier in accordance with that contract; or (c) the person to whom delivery of the goods to which a ship's delivery order relates is to be made in accordance with the undertaking contained in the order, shall (by virtue of becoming the holder of the bill or, as the case may be, the person to whom delivery is to be made) have transferred to and vested in him all rights of suit under the contract of carriage as if he had been a party to that contract".

²⁷⁵ Art. 1 Act 1992. La position contractuelle des porteurs d'un titre de transport qui ne rentre pas dans les définitions de cette loi, est soumise aux règles de *Common law*, imposant l'application des inconvénients du principe de « *privity* ». Cf. Ch. DEPATISTA, "Cargo claims and Bills of Lading", in *Southampton on Shipping Law, Institute of Maritime Law*, London, Informa, 2008, p. 93 (98).

²⁷⁶ La comparaison entre les deux textes nous éclaire davantage: Art. 1 Act 1855: « *Every consignee of goods named in a bill of lading and every endorsee of a bill of lading to whom the property in the goods therein mentioned shall pass upon or by reason of such consignment or endorsement shall have transferred to and vested in him all rights of suit, and be subject to the same liabilities in respect of such goods as if the contract contained in the bill of lading has been made with himself.* » [Nous soulignons.]

Art. 2.1 Act 1992: « [...] a person who becomes –(a) the lawful holder of a bill of lading; (b) [...]; or (c) [...], shall (by virtue of becoming the holder of the bill or, as the case may be, the person to whom delivery is to be made) have transferred to and vested in him all rights of suit under the contract of carriage as if he had been a party to that contract. » [Nous soulignons.]

²⁷⁷ S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 97, § 8.19 : Le terme anglais est « *statutory assignment of rights* ».

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 83, § 7.02.

²⁷⁹ Art. 2.1. Act 1992: « [...] as if he or she had been a party to the original contract ». Aussi, S. GIRVIN, *op. cit.*, p. 97, § 8.19.

²⁸⁰ Le chargeur a le droit d'agir contre le transporteur jusqu'au moment du transfert du connaissement au destinataire. En absence de droit contractuel, le chargeur peut toujours engager la responsabilité extracontractuelle du transporteur ou agir sur la base juridique d'un contrat de dépôt (*bailment*). Le chargeur détient toujours ces droits contractuels contre le transporteur, en présence d'un titre de transport comme le Lettre de transport maritime ou le « *delivery order* ». Le porteur de ces documents a des droits contractuels en même temps que le chargeur. Le chargeur, lié avec le transporteur par un contrat d'affrètement, peut et doit toujours engager sa responsabilité sur le fondement du contrat d'affrètement. (Ch. DEPATISTA, *op. cit.*, p. 93 (99 s.). V. aussi Art. 2.5. Act 1992: "Where rights are transferred by virtue of the operation of subsection (1) above in relation to any document, the transfer for which that subsection provides shall extinguish any entitlement to those rights which derives :

(a) where that document is a bill of lading, from a person's having been an original party to the contract of carriage; or (b) in the case of any document to which this Act applies, from the previous operation of that subsection in relation to that document; but the operation of that subsection shall be without prejudice to any rights which derive from a person's having been an original party to the contract contained in, or evidenced by, a sea waybill and, in relation to a ship's delivery order, shall be without prejudice to any rights deriving otherwise than from the previous operation of that subsection in relation to that order."

En droit anglais, il est admis que le connaissement constitue une présomption de preuve entre les relations du chargeur et du transporteur²⁸¹. Toutefois, sa transmission à un porteur intermédiaire ou au destinataire final le transforme en preuve concluante pour le tiers porteur. Ainsi, le tiers est exclusivement lié par les termes incorporés au connaissement²⁸². De même, le porteur d'un connaissement de charte-partie est également lié par les termes figurant sur le connaissement de charte-partie. Ainsi, la cession des droits contractuels est soumise à une particularité dont l'origine réside dans le régime applicable au titre représentatif des marchandises : seuls les termes contractuels figurant sur le titre sont cédés. Or, même si le titre de transport n'est pas un titre représentatif des marchandises (voir dans le cas d'une lettre de transport maritime ou de « *delivery order* »), la même règle semble s'appliquer.

Par ailleurs, cette position est aussi encouragée par l'interprétation de la Convention de Haye-Visby. Il est prévu que les termes du connaissement précisant la qualité, la quantité et les marques d'identification des marchandises transférées valent preuve concluante lorsque le destinataire de bonne foi les invoque à l'encontre du transporteur²⁸³. De la même manière, la doctrine anglaise en déduit que les autres termes du contrat figurant dans le titre de transport engagent le transporteur, sans possibilité d'apporter la preuve contraire à l'égard du destinataire. *A contrario*, aucun autre terme contractuel ne peut être stipulé à l'encontre du destinataire lorsqu'il ne

²⁸¹ Les termes du contrat, liant le chargeur et le transporteur, sont éventuellement recherchés même en dehors de ce document. V. *SS Ardennes (Cargo Owners) v SS Ardennes (Owners)*, (KBD), [1951] 1 *Q.B.*, p. 55.

²⁸² L'affaire *Leduc & Co. v Ward and Others* [(CA), [1888] 20 *QBD*, p. 475] a établi cette règle selon laquelle uniquement le connaissement contient les termes du contrat de transport pour le destinataire, v. S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 86, § 7.11 et suiv. [V. aussi pour un avis contraire Ch. DEPATISTA, « The bill of lading as the contract of carriage – A reassessment of *Leduc v Ward* », (45) *MLR* 1982, p. 652 (660), où l'auteur interprète la jurisprudence *Leduc v Ward* dans le sens que le connaissement constitue aussi le contrat (et non seulement la preuve) dans les rapports entre le chargeur et le transporteur]. L'article 2.1 de l'*Act* 1992 prévoyant que le tiers acquiert des droits comme s'il faisait partie au contrat initial (« *as if he had been a party to that contract* ») doit être plutôt lu ainsi : « comme si un contrat avec les termes du connaissement était conclu et il faisait partie à ce contrat » (traduction faite par nos soins de la phrase « *as if there had been a contract in the terms contained in the bill of lading and he had been a party to that contract* »). V. S.C. BOYD et al., *Scrutton on Charterparties*, 21^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2008, p. 69, Art. 36.

²⁸³ Art. 3.4 Convention de la Haye-Visby : « *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) [portant respectivement sur les marques principales à l'identification des marchandises, le nombre de colis, etc, et l'état et le conditionnement apparent des marchandises]. Toutefois, la preuve contraire n'est pas admise lorsque le connaissement a été transféré à un tiers porteur de bonne foi.* » Le dernier alinéa a été introduit par le protocole de 1968. Il convient aussi de souligner que la règle énoncée est réservée uniquement aux porteurs de connaissements et de « documents similaires » (Art. 1.b Convention de la Haye-Visby) et non pas aux porteurs d'autres titres de transport non-négociables.

figure pas sur le titre de transport²⁸⁴. Ne détenant que le titre du transport, il est supposé ignorer les termes convenus entre le chargeur et le transporteur.

Cette solution est cependant appliquée au porteur de bonne foi²⁸⁵. La définition de cette condition n'est pas prévue dans l'*Act 1992* mais la jurisprudence conclut qu'il s'agit d'une définition restreinte impliquant surtout « un comportement honnête »²⁸⁶. Ainsi, la « négligence » du destinataire au moment où il reçoit le connaissement n'est pas réputée de mauvaise foi.

85. – Il ressort de ce qui précède que la subrogation du destinataire aux droits du chargeur est soumise à la règle des droits et des obligations figurant sur le titre de transport²⁸⁷. La cession étant fondée sur ce document, la responsabilité de son porteur est limitée aux clauses apparentes. Absent pendant la conclusion du contrat²⁸⁸, le destinataire est informé de l'ampleur de ses droits et obligations par le seul titre de transport qu'il détient. Cela semble justifier le besoin de protéger la confiance démontrée sur le contenu de ce titre²⁸⁹.

Derrière cette analyse, se dessine la position du droit anglais par rapport à la validité d'une clause compromissoire incorporée au titre de transport. L'information du destinataire sur la clause compromissoire par la seule lecture du titre de transport est décisive pour la possibilité de lui opposer une telle clause. Nous verrons, plus loin, les conditions imposées dans le droit anglais²⁹⁰.

²⁸⁴ Ch. DEPARTISTA, "Cargo claims and Bills of Lading", in *Southampton on Shipping Law, Institute of Maritime Law*, London, Informa, 2008, p. 93 (116). L'affaire *Leduc & Co. v Ward and Others* [(CA), [1888] 20 QBD, p. 475], S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 86, § 7.11, S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 5-027.

²⁸⁵ Art. 5.2 al. 2 *Act 1992*: "[...] a person shall be regarded for the purposes of this Act as having become the lawful holder of a bill of lading wherever he has become the holder of the bill in good faith."

²⁸⁶ S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *op. cit.*, p. 186-187, S. GIRVIN, *op. cit.*, p. 104, § 8.27, aussi : *Aegean Sea Traders Corporation v Repsol Petroleo SA (The Aegean Sea)*, [1998], 2 *Lloyd's Rep.* p. 39.

²⁸⁷ Au contraire, le chargeur n'est pas uniquement lié par le contenu du connaissement. Entre ce dernier et le transporteur, prévaut le contrat initialement conclu et prouvé par tous les moyens. Le titre de transport n'est pas le seul document contenant les termes du contrat entre le chargeur et le transporteur. V. S.G. TREITEL, F.M.B. REYNOLDS, *op. cit.*, p. 188, 5-026.

²⁸⁸ Ch. DEPARTISTA, *op. cit.*, p. 93 (110).

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 93 (118).

²⁹⁰ V. *infra* Deuxième Partie.

B. La doctrine de la stipulation pour autrui : le droit hellénique

86. – En droit grec, le destinataire est, traditionnellement, considéré comme un tiers au contrat de transport²⁹¹. Indépendamment de l'émission d'un titre de transport négociable ou non, le destinataire peut réclamer la livraison des marchandises, en sa qualité de bénéficiaire de la stipulation de lui livrer les marchandises.

La reconnaissance, au destinataire des marchandises, des droits directs à l'encontre du transporteur est fondée sur la théorie de la stipulation pour autrui. La personne ayant le droit d'exiger la livraison des marchandises a son propre droit d'agir contre le débiteur de cette créance. Ce droit personnel et direct attribué au destinataire indépendamment de l'émission d'un titre de transport négociable ou non²⁹², est né au moment de la conclusion du contrat par le chargeur et le transporteur.

Le mécanisme de la stipulation pour autrui, prévoit la conclusion d'un contrat selon lequel, le stipulant (dans ce cas l'expéditeur) obtient de son cocontractant promettant (le transporteur) son engagement au profit d'un tiers bénéficiaire (le destinataire)²⁹³. Le recours à ce mécanisme permet la création d'un droit pour le tiers bénéficiaire, le destinataire, même s'il n'a pas participé à la formation du contrat. Le droit du bénéficiaire est un droit direct et personnel, contre le promettant. Le destinataire devient sujet des dispositions nées du contrat²⁹⁴.

Le droit est attaché à la personne du destinataire, dans le sens qu'il lui appartient exclusivement et qu'il l'exerce pour lui-même, sans représenter les intérêts de quelqu'un d'autre. En plus, il ne tient pas ce droit de son expéditeur, car ce droit n'a jamais appartenu

²⁹¹ N. DELOUKAS, *Ναυτικό Δίκαιο [Droit maritime]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1977, p. 271, § 188, A. KIANTOU-PAMPOUKI, *Ναυτικό Δίκαιο (Τόμος Δεύτερος) [Droit maritime (Deuxième Tome)]*, 6^{ème} éd., Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 2007, p. 319, § 183, I. KOROTZIS, *Ναυτικό Δίκαιο, Κατ'άρθρο ερμηνεία του Κώδικος Ιδιωτικού Ναυτικού Δικαίου και των κυριότερων νεότερων νομοθετημάτων και διεθνών συμβάσεων [Droit Maritime, Interprétation des articles du Code du droit maritime privé et des conventions internationales principales]*, Athènes – Komotini, Sakkoulas, 2005, p. 99, Cour d'appel du Pirée [Εφ. Πειρ.] 122/1971, *Αρμ.* 1971, p. 617, Cour d'appel de Crète [Εφετείο Κρήτης] 242/1971, *Αρμ.* 1972, p. 233. V. aussi Articles 170 et 130 CDMP grec.

²⁹² V. Articles 171 et 130 CDMP grec, 211 C.civ. grec, A. GEORGIADIS, *Ενοχικό Δίκαιο I [Droit des obligations I]*, 3^{ème} éd., Athènes-Thessalonique, Sakkoulas, 2000, p. 311 (313).

²⁹³ Article 410 et suiv. C.civ. grec.

²⁹⁴ Les mêmes règles s'appliquent à la stipulation pour autrui en droit français : Cass. 12 avr. 1948, *BT* 1948.584, Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 1978, *JCP* 1980, II, 19315, note R. RODIERE, B. MERCADAL, « Le contrat de transport », *Rép. comm.*, Dalloz, 2008, § 84.

au stipulant²⁹⁵. Le droit est directement né au profit du destinataire. Par ailleurs, le destinataire peut consentir ou refuser la stipulation faite en sa faveur, soit en acceptant soit en refusant la livraison des marchandises. Selon la jurisprudence, le comportement du destinataire pendant toute l'opération démontre son intention d'adhérer au contrat de transport, indépendamment de l'acceptation de la marchandise.

L'argument qu'en acceptant la stipulation, le destinataire devient créancier des obligations envers le transporteur n'a pas empêché la doctrine et la jurisprudence de continuer à adopter ce fondement juridique pour justifier la position du destinataire²⁹⁶. La doctrine et la jurisprudence grecques ont accepté que l'obligation principale du destinataire de payer le fret en port dû, ne soit pas incompatible avec la théorie de la stipulation pour autrui. Cette position est justifiée par le fait que le tiers bénéficiaire de la stipulation a toujours le droit de refuser la stipulation à son égard. Son droit d'accepter ou non la promesse du chargeur n'est soumis à aucune condition et, dans ces circonstances, il est difficile d'invoquer la restriction de sa liberté contractuelle²⁹⁷.

87. – Toutefois, la particularité du droit grec se manifeste lors de l'émission d'un connaissement, titre négociable. Dans ce cas, le régime applicable au connaissement englobe les règles de la stipulation pour autrui applicables normalement à la personne du destinataire. Le droit personnel du destinataire d'exiger réception des marchandises (issu du contrat de transport) s'accompagne du droit réel conféré par le titre négociable²⁹⁸. Ainsi, le transfert des droits au destinataire est soumis aux règles

²⁹⁵ C'est pour cette raison que les créanciers de l'expéditeur ne peuvent pas le saisir. V. A. GEORGIADIS, *Ενοχικό Δίκαιο I [Droit des obligations I]*, 3^{ème} éd., Athènes-Thessalonique, Sakkoulas, 2000, p. 315.

²⁹⁶ En droit français, l'obligation incombant au bénéficiaire (le destinataire) est jugée incompatible avec la doctrine de la stipulation pour autrui, qui est censée attribuer des droits au bénéficiaire de la stipulation. Aussi, la promesse pour autrui n'engage pas en droit français, en vertu de l'article 1120 C. civ.. (V. à ce sens : R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II*, Paris, Dalloz, 1968, p. 26, § 407, G. RIPERT, *Droit maritime, T. II*, 4^e éd., Paris, Ed. Rousseau et Cie, 1952, p. 491, § 1584, M. REMOND-GOUILLOUD, *Le contrat de transport*, Connaissance de droit, Paris, Dalloz, 1993, p. 33. Toutefois, cette position est occasionnellement contestée par la jurisprudence et la doctrine française, B. MERCADAL, « Le contrat de transport », *Rép. comm.*, Dalloz, 2008, n° 88, Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1987, *Bull. civ. I*, n° 343, D. 1988, IR 3, G. VENANDET, « La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire », *JCP G* 1989, I, 3391, Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 1978, *JCP* 1980, II, 19315, note P. RODIERE).

²⁹⁷ Voir sur la stipulation pour autrui et les obligations incombant éventuellement au bénéficiaire de la promesse en droit grec : A. GEORGIADIS, *Ενοχικό Δίκαιο I [Droit des obligations I]*, 3^{ème} éd., Athènes-Thessalonique, Sakkoulas, 2000, p. 310, § 16.

²⁹⁸ L. GEORGAKOPOULOS L., *Ναυτικό Δίκαιο [Droit maritime]*, Athènes, Sakkoulas, 2006, p. 267, A. KIANTOU-PAMPOUKI, Η θαλάσσια φορτωτική ως αξιόγραφο [Le connaissement maritime en tant que titre cambiaire], *Επιστ.Ε.Δ.* B/2005, p. 283 (291).

du transfert des droits incorporés dans le document représentatif des biens²⁹⁹. Le transfert a lieu conformément aux règles de l'endossement d'un connaissance émis à l'ordre ou aux règles de la cession des droits figurant sur le connaissance nominatif ou au porteur.

La doctrine a tenté d'associer le transfert des droits et des obligations du destinataire au transfert du titre négociable. Afin de justifier la position contractuelle du destinataire et du transporteur, les exceptions émanant du titre de transport susceptibles d'être transférés ont été prises en compte. Comme nous le verrons par la suite, cette approche a encouragé l'idée de soumettre l'incorporation des clauses au document du titre de transport au principe de littéralité³⁰⁰ régissant l'incorporation des clauses sur un titre négociable du droit cambiaire. La clause compromissoire incorporée par référence n'a pas échappé à cette restriction formelle, afin de constater son opposabilité à l'encontre du tiers destinataire des marchandises.

§2. *Les assureurs facultés du transport maritime*

88. – Dans le commerce maritime, l'assurance est indispensable à la réalisation de chaque opération de transport³⁰¹. En effet, lorsque des avaries ou des pertes se produisent sur les marchandises, pendant le trajet du navire, les ayants droit aux marchandises sont indemnisés par les assureurs-facultés³⁰². En échange, les assureurs peuvent agir à l'encontre de l'opérateur responsable de l'endommagement des marchandises, c'est-à-dire le transporteur. Ainsi, les expéditeurs, les transporteurs et les destinataires reportent souvent leur responsabilité née du contrat de transport sur les assureurs subrogés dans leurs droits et obligations³⁰³.

²⁹⁹ G. PAPADOYIANNIS, « Ισχύς των ρητρών διαιτησίας και παρεκτάσεως αρμοδιότητας έναντι των τρίτων εκδοχέων απαιτήσεως ή κοιμιστών τίτλου εξ οπισθογραφήσεως » [« La validité des clauses d'arbitrage et de prorogation de compétence à l'égard des tiers cessionnaires de créance ou des porteurs des titres par endossements »], *Νομ.Β.* 1995, t. 43, p. 312.

³⁰⁰ N. DELOUKAS, *Ναυτικό Δίκαιο [Droit maritime]*, 2^{ème} éd., Athènes, Sakkoulas, 1979, p. 437, § 255, A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαιτησία. Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 263 et suiv.

³⁰¹ Il est admis que « L'assurance est la condition même du commerce maritime », v. P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 883, § 1280.

³⁰² On distingue trois catégories fondamentales d'assurance maritime se distinguent : l'assurance « sur facultés » (couvrant les dommages survenus aux marchandises transportées), l'assurance « sur corps » (couvrant le dommage subis par le navire) et l'assurance de responsabilité (permettant à l'armateur de se garantir contre les risques de responsabilité, non couverts par l'assurance sur corps.) P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 884, § 1281.

³⁰³ Le contentieux en matière de transport maritime est principalement mené par les sociétés d'assurances des opérateurs maritimes. Cette pratique est bien vue et justifiée par le risque élevée des opérations maritimes.

Lorsque l'assureur-facultés est subrogé dans les droits du bénéficiaire, il s'agit d'une subrogation légale. En droits français³⁰⁴, anglais et grec, il est admis que l'assureur succède aux droits du bénéficiaire, une fois ce dernier indemnisé. Par conséquent, lorsqu'un litige naît de l'exécution du contrat de transport, les assureurs subrogés sont tenus par les obligations et les droits des personnes assurées³⁰⁵. Il en va de même quant à leur position au regard de la procédure lors d'un litige.

En effet, les assureurs sont liés par les clauses du contrat, dont la clause d'arbitrage fait partie, en fonction du titre au nom duquel ils acquièrent leurs droits. S'agissant d'une subrogation légale, il importe de déterminer les droits et les obligations du chargeur ou du destinataire cédants. Déterminer si le destinataire ou le chargeur est lié par la clause compromissoire, nous éclairera, par conséquent, sur l'engagement de l'assureur par la même clause. Lorsque le chargeur est tenu par la clause arbitrale, son assureur l'est aussi. De la même manière, dans la mesure où le destinataire est lié par la clause, en tant que partie ou tiers au contrat, son assureur est également tenu par cette clause.

89. – Il ressort de l'analyse d'arrêts judiciaires que des complications peuvent éventuellement survenir par la subrogation des assureurs aux droits de leurs assurés³⁰⁶. Un cas souvent rencontré en transport maritime est celui où le destinataire (ou son assureur subrogé) cède ses droits et obligations à l'encontre du transporteur, au chargeur. Lorsque le chargeur cède également ses droits et obligations à son assureur, c'est ce dernier qui détient finalement le droit d'action contre le transporteur éventuellement responsable de l'endommagement des marchandises. Or, dans ce cas de figure, le chargeur dispose du droit d'action, d'une part, en qualité de

³⁰⁴ Article L172-29 Code des assurances français, v. R. RODIERE, *Droit maritime, Assurances et ventes maritimes*, Paris, Dalloz, 1983, p. 198, § 189.

³⁰⁵ A. GRUBER, « Les règles de conflit de lois applicables à la subrogation de l'assureur », *DMF* 2010, p. 3 (13), P. PESTEL-DEBORD, « Action des assureurs de la marchandise contre le transporteur maritime : subrogation ou cession de créance ? », obs. sous l'arrêt Cass. com., 27 oct. 1998, *Navire Mahajunga*, *DMF* 1999, p. 614.

³⁰⁶ Cass. com., 8 oct. 2003, *Navire M/V Jelhum*, pourvoi n° 01-16028, *DMF* 2004, p. 339, obs. M. REMOND-GOUILLOUD, Cass. com., 14 janv. 2004, *Navire Cay*, *Rev. arb.* 2004, p. 355, note O. CACHARD : en l'espèce, la Cour a accepté que l'assureur tienne ses droits du chargeur, vendeur des marchandises, lui-même lié directement par la clause compromissoire insérée dans le contrat d'affrètement. Aussi, Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004, S. SANA-CHAILLE DE NERE, « Clause compromissoire : la fin justifie les moyens » obs. sous l'arrêt Montpellier 15 mai 2007, *Navire Stella Prima*, *DMF* 2007, p. 783 (786). O. CACHARD, « Honni soit qui mal y pense ! L'opposabilité de la clause compromissoire au cessionnaire du

chargeur des marchandises et cocontractant du transporteur, et d'autre part, en qualité de subrogé aux droits et obligations cédés par le destinataire, bénéficiaire de l'indemnisation.

Dès lors, il convient de déterminer de qui, du chargeur ou du destinataire, l'assureur dispose de son droit d'action à l'encontre du débiteur ? En d'autres termes, l'assureur du chargeur, agit-il suivant la subrogation légale des droits directs du chargeur, ou sur le fondement des droits cédés par le destinataire au chargeur ? L'existence et l'étendu des droits de l'assureur sont déterminés par le droit régissant la relation entre le chargeur ou le destinataire avec le transporteur. Toutefois, la position contractuelle (et par conséquent, les droits et les obligations) du chargeur peut être différente de celle du destinataire. C'est pour cette raison, que, dans un premier temps, il convient d'identifier les droits auxquels l'assureur subroge, et dans un deuxième temps, de déterminer la position contractuelle de l'opérateur subrogeant, permettant d'analyser l'étendu de ses droits³⁰⁷.

L'étendu de la subrogation de l'assureur relève du contrat de transport maritime. Savoir si l'assureur est lié par une clause compromissoire suppose avoir répondu à la question si son subrogeant est également lié par cette clause³⁰⁸. Or, déterminer de qui l'assureur tient ses droits à l'encontre du débiteur relève notamment du droit de vente maritime ou de transport maritime, et par conséquent, ne rentre pas dans l'objet de la présente étude. C'est la raison pour laquelle, nous n'envisageons pas d'étudier séparément l'engagement des assureurs par la convention d'arbitrage insérée dans un contrat de transport maritime. L'analyse concernant l'efficacité de ladite convention à l'égard des opérateurs du transport maritime donnera la réponse eu égard aux assureurs, après avoir déterminé l'identité et l'étendu de l'engagement de leurs assurés.

tiers porteurs du connaissement de charte-partie », *Revue de droit commercial, maritime, aérien et des transports* 2003, p. 101.

³⁰⁷ O. CACHARD, « La force obligatoire vis-à-vis du destinataire des clauses relatives à la compétence internationale stipulées dans les connaissements », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, 2008, Dalloz, p. 189 (195).

³⁰⁸ A. MALAN, « Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime », *DMF* 2006, n° 666, p. 3 (13).

Conclusion du Chapitre II

90. – La participation de plusieurs opérateurs au contrat de transport maritime influe, sans doute, sur le régime applicable à la convention d'arbitrage. Après avoir brièvement présenté les difficultés d'identifier les parties initiales au contrat, à savoir le chargeur et le transporteur, c'est la qualité du destinataire qui nous a intéressé davantage. Traité de partie ou de tiers, en fonction du droit applicable au contrat de transport, le destinataire occupe une place particulière dans l'opération du transport maritime, soulevant ainsi plusieurs questions relatives à son engagement par la convention d'arbitrage. Il en va de même pour ses assureurs, dont les droits et les obligations sont issus de la position contractuelle du destinataire subrogeant.

CONCLUSION DU TITRE I

91. – Même si la clause compromissoire est largement utilisée dans les titres de transport maritime, il lui a été souvent reproché de fonctionner comme un mécanisme susceptible de protéger la position du transporteur lors d'un litige. Cette méfiance est à l'origine de l'adoption de conditions strictes applicables à la validité de la clause d'arbitrage dans le contrat de transport maritime. Dans l'esprit des spécialistes du transport maritime, l'examen de la clause reste inéluctablement lié au droit applicable au contrat et au particularisme du transport maritime.

Plusieurs facteurs sont pris en considération par les spécialistes du droit maritime, afin de protéger les participants à une opération plutôt complexe : la pluralité des titres de transport la contenant, la négociabilité de certains de ces titres, les conditions d'adhésion du chargeur dans le contrat de transport, la qualité contractuelle équivoque du destinataire, l'intervention de tiers au contentieux du contrat de transport.

Le rattachement matériel de la clause compromissoire à ce contrat est évident, mais son influence sur la question de sa validité n'est pas déterminante. Malgré les éléments qui semblent justifier à première vue la restriction de l'efficacité de cette clause, le régime qui lui est applicable reste autonome par rapport au contrat principal dans lequel elle figure et le point de départ concernant l'examen de son efficacité doit être le raisonnement suivi en matière d'arbitrage international.

**TITRE II. L'AUTONOMIE JURIDIQUE DE LA CONVENTION
D'ARBITRAGE PAR RAPPORT AU CONTRAT DE TRANSPORT
MARITIME DE MARCHANDISES**

92. – À la particularité du contrat de transport maritime, dans lequel la convention d'arbitrage figure, s'oppose le principe d'autonomie qui impose la dissociation de la clause du contexte contractuel dans lequel elle déploie ses effets juridiques. Avant de présenter l'articulation des normes susceptibles de s'appliquer à la validité de la convention d'arbitrage (Chapitre II), il convient de présenter la méthode de détermination des normes applicables à l'arbitrage international (Chapitre I).

Chapitre I. La détermination des normes applicables à la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime de marchandises

93. – Afin de déterminer le droit applicable à la validité de la convention d'arbitrage, il est, à notre sens, indispensable de se référer aux principes généraux de l'arbitrage international. Le principe d'autonomie, principe fondamental en matière d'arbitrage international, exige l'abandon de l'examen traditionnel de la clause compromissoire adopté par la jurisprudence maritimiste (Section I). Afin de déterminer le régime auquel elle est soumise, il convient de recourir aux méthodes du droit international privé adoptées par les systèmes juridiques étudiés ci-après (Section II).

Section I. Le principe d'autonomie en matière d'arbitrage maritime

94. – Une des premières affirmations en matière d'arbitrage international consiste à dire que la convention d'arbitrage est soumise au « principe d'autonomie » (« separability principle » ou « severability principle » en droit anglais)³⁰⁹. Ce principe, aujourd'hui consacré par tous les ordres juridiques, dont le système judiciaire reconnaît l'arbitrage comme un mode de règlement des litiges³¹⁰ (§1), entraîne des effets juridiques importants sur l'examen de la validité de la clause compromissoire (§2).

³⁰⁹ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien - Lextenso éditions, 2013, p. 89 et p. 505 : où les auteurs préfèrent utiliser le terme « principe d'indépendance » de la convention d'arbitrage. À cet égard, v. aussi, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Austin, Kluwer Law International, Vol. I, 2009, p. 312, J.- F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, LGDJ, 2002, p. 133, § 162 et suiv., Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 213, § 388.

³¹⁰ V. Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, p. 28 et 372, en définissant l'arbitrage comme « l'institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci », G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., PUF, 2011, V° « Arbitrage », H. MOTULSKY, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, n° 8, p. 13 et suiv., ainsi que n° 3, p. 6 (« L'arbitrage s'est créé, [...], afin de trancher des différends : la mission de l'arbitre est exactement la même que celle du juge. »)

§1. La consécration du principe d'autonomie

95. – L'origine du principe d'autonomie en arbitrage international se trouve à la base de toute réflexion sur la théorie de l'arbitrage et est étroitement liée à la question de la nature juridique de l'arbitrage³¹¹. Depuis l'apparition de cette méthode de résolution des conflits jusqu'à nos jours³¹², sa nature juridique divise la doctrine et la jurisprudence³¹³. L'étude et la conception de la convention d'arbitrage diffère selon la nature juridique qui lui est attribuée par chaque ordre juridique.

Depuis le début du XIX^e siècle jusqu'à récemment, une discussion assez vive s'est faite jour concernant la nature juridique de l'arbitrage. À l'issue de cette discussion, plusieurs théories sont soutenues. Les doctrines dominantes se partagent entre la nature « contractuelle », « juridictionnelle », « mixte » (dite aussi « hybride ») ou, plus récemment encore, « autonome ». L'originalité de ce mode de règlement des litiges se reflète, sans doute, dans le traitement particulier qui est réservé à la convention d'arbitrage. Le débat, dont l'origine remonte au conflit entre la nature procédurale ou contractuelle de l'arbitrage, a également influencé la discussion sur la nature de la convention d'arbitrage. Pendant longtemps, la doctrine hésitait à l'intégrer systématiquement dans la catégorie des clauses procédurales ou dans celle des clauses substantielles³¹⁴.

96. – Soumettre la clause d'arbitrage au même droit applicable que les autres clauses contractuelles témoigne de l'adoption de la théorie de la nature principalement contractuelle de l'arbitrage³¹⁵. Négligeant complètement le pouvoir juridictionnel des

³¹¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 213, § 388, G. BORN, *op. cit.*, p. 316.

³¹² A. FOUSTOUCOS, *L'arbitrage – interne et international – en droit privé hellénique*, Thèse Université de Paris II, Litec, 1976, n° 3, G. BORN, *op. cit.*, p. 25.

³¹³ J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage : nature juridique, droit interne et droit international privé*, Paris, LGDJ, 1965, Ch. JARROSSON, *op. cit.*, St. KOUSSOULIS, *To dikairo της διαιτησίας [Le droit de l'arbitrage]*, Athènes, Sakkoulas, 2006, p. 7.

³¹⁴ Les deux positions diamétralement opposées sur la nature de l'arbitrage se sont reflétées dans les textes législatifs. La confusion se manifeste clairement dans l'ordre juridique grec. Ainsi, contrairement à l'ancien Code de procédure civile (art. 105 a) qui avait soumis la clause compromissoire aux dispositions relatives à la procédure du « compromis » devant le juge (selon l'art. 871 et 872 C.civ.grec), le rapport législatif du nouveau Code de procédure civile grec a estimé que la clause d'arbitrage était une convention particulière signée entre les parties au contrat principal et qu'il serait opportun de la soumettre aux dispositions relatives aux contrats. V. *Σχέδιο Πολιτικής Δικονομίας [Projet du Code de la Procédure civile]*, V, 286, Art. 869 II C. P. C. grec.

³¹⁵ A. WEISS, « De l'exécution des sentences arbitrales étrangères en France », *Revue Lapradelle*, 1906, 1, p. 34, M. MERLIN, *Recueil alphabétique de questions de droit*, T. 9, 4^{ème} éd., Brussels, Tarlier, 1829, p. 139 (p. 144 : « [...] il est certain que les arbitres ne sont pas de véritables juges, qu'ils ne tiennent point leur mission de la puissance publique du lieu où ils la remplissent, qu'ils ne la doivent qu'à la volonté des parties, et qu'ils ne sont eux-mêmes des hommes privés. [...] ». » Dans le même texte il est également cité que la sentence arbitrale rendue à l'étranger n'est pas considérée comme un « véritable jugement », « [...] parce que la fonction de l'arbitre n'est pas une fonction publique [...] ». », A. BERNARD,

arbitres et l'aspect procédural de l'instance arbitrale, cette théorie n'hésite pas à admettre que la clause d'arbitrage fait partie intégrante du contrat principal, de sorte qu'elle doit être traitée comme les autres clauses du contrat³¹⁶. Plus particulièrement, en France, il était autrefois admis que la clause n'était valable que si la loi du contrat l'autorisait et, à l'inverse, la clause était considérée comme nulle lorsqu'une loi étrangère applicable au contrat l'annulait³¹⁷.

L'adoption de cette position à l'égard de la nature juridique de la clause d'arbitrage n'a pas été une surprise dans le monde maritime³¹⁸. La doctrine et la jurisprudence ont déjà soutenu que la validité de la convention d'arbitrage était soumise au droit applicable au contrat, en tant que clause contractuelle³¹⁹. Plus concrètement, les particularités de la nature du titre négociable permettent de soumettre l'efficacité de son contenu, à savoir des clauses contractuelles et procédurales, à des conditions bien précises, caractérisées par un formalisme assez strict³²⁰. Ainsi, les clauses compromissaires n'échappent pas aux conditions d'incorporation sur le titre de transport applicables aux autres clauses contractuelles.

Une Cour d'appel américaine a rendu en 1942 un arrêt assez typique dans son raisonnement, retenant que la clause d'arbitrage fait « *partie-intégrante* » de la charte-partie³²¹. Afin de trancher sur l'existence d'un accord compromissaire entre les

L'arbitrage volontaire en droit privé, Bruylant, 1937, p. 274. Pour une présentation de la thèse de M. LAINE sur la nature contractuelle de l'arbitrage, v. A. LAINE, « De l'exécution en France de sentences arbitrales étrangères », *Clunet* 1899, p. 641, et suiv. F.E. KLEIN, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1955, p. 185. *Id.*, « Autonomie de la volonté et arbitrage », *Rev. crit. DIP* 1958, p. 255. Pour une présentation comparée de ces opinions, v. A. SAMUEL, *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich, Schulthess, Publication de l'Institut Suisse de droit comparé, 1989, p. 34 et suiv.

³¹⁶ Selon cette doctrine, la sentence elle-même, a été traitée comme un contrat établi par les parties et réalisé par les arbitres. V. pour une critique : A. LAINE, « De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères », *Clunet* 1899, p. 641, A. PIERANTONI, « De l'exécution des sentences arbitrales étrangères en France », *Rev. de droit int. et de législation comparée* 1900, p. 225, J. RUBELLIN-DEVINCHI, *L'arbitrage : nature juridique, droit interne et droit international privé*, Paris, LGDJ 1965, n° 13, p. 17.

³¹⁷ R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. I*, Paris, Dalloz, 1967, p. 399, n° 369, G. RIPERT, *Droit maritime*, T. II, 4^{ème} éd., Paris, Ed. Rousseau et Cie, 1952, p. 341, n° 1426.

³¹⁸ La soumission des clauses attributives de compétence à la loi du contrat principal est également soutenue par la doctrine, v. A. KPOAHOUN-AMOUSSOU, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, Thèse Université Aix-Marseille 3, PUAM, 1999, p. 125, n° 180.

³¹⁹ G. RIPERT, *op. cit.*, p. 344, n°1428 avec référence à Marseille, 9 août 1919, *J. Marseille* 1920, 1, 56, G. R. DELAUME, note sous Paris, 21 nov. 1949, *Rev. crit. DIP* 1950, p. 212.

³²⁰ V. *supra* n° 50 et suiv.

³²¹ *Kulukundis Shipping Co. v. Amtorg Trading Corp.* 126 F. 2d 978 (Circuit CA, 2d Cir. 1942), (985: "As the arbitration clause here is an integral part of the charter party, the court, in determining that the parties agreed to that clause, must

parties, il fallait, selon elle, examiner préalablement l'existence du contrat principal en lui-même. Nous verrons, par la suite, que la jurisprudence en matière maritime, notamment anglaise, entend faire application des dispositions du Règlement (CE) n° 593/2008, du 17 juin 2008, relatives à la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), afin de déterminer les conditions d'incorporation d'une clause d'arbitrage par référence dans un contrat de transport maritime³²².

97. – La reconnaissance absolue du caractère contractuel de l'arbitrage a suscité plusieurs critiques venant d'une partie de la doctrine qui défendait sa dimension juridictionnelle³²³. Cette théorie admet que seul le droit du siège reconnaît la légitimité de l'arbitrage, ainsi que celle de la clause compromissoire. Cette théorie néglige, manifestement, l'importance de la volonté expresse des parties, exprimée dans la clause d'arbitrage, et assimile d'une part, la clause d'arbitrage à une clause attributive de juridiction, et d'autre part, la sentence arbitrale à un jugement étranger³²⁴. Ainsi, la clause d'arbitrage devait être examinée en application de la *lex fori*, indépendamment du droit applicable au fond du litige, ou, même, indépendamment du droit éventuellement choisi par les parties³²⁵.

98. – Toutefois, même si les théories précitées apparaissent « *séduisantes par l'espoir de simplification éphémère qu'elles apportent*³²⁶ », elles fournissent une description partielle et peu convaincante sur la nature juridique de l'arbitrage. Ces insuffisances

necessarily first have found that the charter-party exists"). Dans ce sens v. aussi *Brown v Culligan, Will & Co.*, 287 F. Supp. 766, (S.D.N.Y. 1968).

³²² V. *infra* n° 117.

³²³ A. SAMUEL, *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich, Schulthess, Publication de l'Institut Suisse de droit comparé, 1989, p. 50 et suiv., A. LAINE, « De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères », *Clunet* 1899, p. 641, A. PIERANTONI, « De l'exécution des sentences arbitrales étrangères en France », *Rev. de droit int. et de législation comparée* 1900, p. 225.

³²⁴ La théorie de la nature juridictionnelle de l'arbitrage assimile la sentence à un « acte de juridiction », au regard du pouvoir juridictionnel des arbitres, car elle considère que l'arbitrage tire sa légitimité de l'ordre juridique du pays où l'arbitre exerce ses fonctions. V. dans ce sens : A. SAMUEL, *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich, Schulthess, Publication de l'Institut Suisse de droit comparé, 1989, p. 31. V. aussi l'arrêt ou la question se pose: Cass. 27 juil. 1937, *D.* 1938, I, p. 25, A. LAINE, « De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères », *Clunet* 1899, p. 641. Aussi, l'arbitre a été assimilé à un juge étatique et donc obligé d'appliquer les règles de la *lex fori* du siège, afin de rechercher le droit applicable au litige.

³²⁵ Dans ce sens, une partie de la doctrine grecque : G. MARIDAKIS, *Η εκτέλεσις αλλοδαπών αποφάσεων [L'exécution des décisions étrangères]*, 1970, p. 125, réf. 40, Cour d'appel de Thessalonique [Εφ. Θεσ/κης] 7/1987, *NoB* 1989, t.1, p. 450, note Sp. VRELLIS, A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαιτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 201.

³²⁶ Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, p. 363.

ont conduit à adopter la théorie « mixte » de l'arbitrage³²⁷. Les partisans de la nature mixte se basent sur une analyse selon laquelle l'accord contractuel des parties fixe le cadre de la juridiction dans lequel les arbitres trancheront le litige. Cette théorie favorise également l'idée que la clause d'arbitrage pourrait s'assimiler à une clause attributive de compétence³²⁸.

La jurisprudence maritime n'a pas hésité à adopter cette position en exigeant les mêmes conditions de validité tantôt pour les clauses de juridictions, tantôt pour les clauses compromissoires³²⁹. L'arrêt « *Siboti* » rendu par la juridiction commerciale anglaise (« *Commercial Court* ») consacre ainsi quelques lignes afin de répondre par l'affirmative à la question de savoir si les clauses d'élection de *for* doivent être traitées comme les clauses d'arbitrage³³⁰. Le juge anglais n'hésite pas à faire référence à la jurisprudence rendue en matière d'incorporation d'une clause compromissoire dans un connaissement de charte-partie afin de se prononcer, en l'espèce, sur l'incorporation d'une clause attributive de juridiction.

Certes, l'effet négatif de ces deux clauses est de priver le juge national, normalement compétent, du pouvoir de trancher le litige. Or, les similitudes de ces clauses s'arrêtent ici. Les critiques doctrinales ont révélé les imprécisions de cette théorie en

³²⁷ H. MOTULSKY, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, n° 5, p. 9 et suiv., R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 563, n° 451 et suiv., B. OPPETIT, « Sur le concept d'arbitrage », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman*, Litec 1982, p. 229 (239), E. LOQUIN, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI (Clunet)* 1983, p. 293 (295), n° 8. La doctrine grecque adopte principalement la théorie mixte de la nature d'arbitrage. Dans ce sens v. A. TSAVDARIDIS, *op. cit.*, p. 73, St. KOUSSOULIS, *To díkaiο της διαιτησίας [Le droit de l'arbitrage]*, Athènes, Sakkoulas, 2006, p. 8.

³²⁸ La défense du rapprochement de la clause de juridiction (élection de *for*) au régime dont la clause compromissoire jouit est soutenue dans la thèse de Mme C. BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, Paris, LGDJ, 1995. V. aussi, N. COIPEL-CORDONIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de *for* en droit international privé*, Thèse Université catholique de Louvain, LGDJ, 1999, p. 3 : l'auteur explique l'intérêt d'étudier ces deux clauses « en parallèle » afin de procéder à une « comparaison constructive » et de démontrer que les deux clauses sont semblables mais néanmoins différentes. *Adde* St. BREKOULAKIS, "The notion of the superiority of arbitration agreements over jurisdiction agreements: time to abandon it?", *J. Int'l Arb.* 2007, vol. 24, n° 4, p. 341. Pour une critique à la position précitée : Ch. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage, Etude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Thèse Université Paris I, IRJS, 2011, p. 89, §113 et suiv., F.E. KLEIN, « Autonomie de la volonté et arbitrage », *Rev. crit. DIP* 1958, p. 255 et J. RUBELLIN-DEVINCHI, *L'arbitrage : nature juridique, droit interne et droit international privé*, Paris, LGDJ 1965, p. 95, n° 127, p. 95.

³²⁹ V. G. RIPERT, *Droit maritime*, T. II, 4^{ème} éd., Paris, Ed. Rousseau et Cie, 1952, p. 340, n° 1424 (avec référence à *Rev. Dor.*, 17, 475) : sur le droit anglais qui traitait les deux clauses de la même façon, en soumettant leur validité à l'appréciation du juge.

³³⁰ *Siboti K/S v BP France SA*, [2003] EWHC 1278 (Comm), (point 30), [2003] 2 *Lloyd's Rep.* p. 364, où le jugement fait référence aux arrêts : *AIG Europe (UK) v Anonymous Greek Co. of General Insurances « The Ethniki »*, QBd, 18 juin 1998, [1998] 4 All E.R., p. 301, [1999] *Lloyd's Rep.* I.R. p. 221, *AIG Europe (UK) v Anonymous Greek Co. of General Insurances « The Ethniki »*, CA, 26 nov. 1999, [2000] 2 All E.R., p. 566, [2000] 1 All E.R. (Comm.), p. 65, [2000] *Lloyd's Rep.* I.R. p. 343, F. SPARKA, *Jurisdiction and arbitration clauses in maritime transport documents, A comparative analysis*, Springer, Berlin, 2010, p. 120.

affirmant que la clause d'arbitrage ne renvoie pas à une autre juridiction, mais exclut toute juridiction étatique, avec toutes les conséquences qui en découlent³³¹. Le litige sera tranché par un tribunal qui échappe à l'ordre juridique national d'un système juridique.

Bien que l'approche « mixte » aille encore plus loin et reconnaisse la double nature de l'arbitrage³³², cette théorie n'explique pas suffisamment tous les aspects du phénomène arbitral. Plus concrètement, elle ne justifie pas pleinement l'essor particulier de la clause d'arbitrage et son indépendance presque absolue par rapport au contrat principal, en comparaison avec celle de la clause de juridiction³³³. En l'absence de détermination ferme de la nature juridique de l'arbitrage, le besoin de préciser chaque fois son influence, soit par le droit judiciaire privé, soit par le droit des obligations, s'avère nécessaire³³⁴.

99. – À la recherche de nouvelles bases théoriques pour mieux comprendre le phénomène de l'« arbitrage », la doctrine a développé une dernière théorie qui essaie de répondre aux exigences de ce dernier : la théorie de l'« autonomie ». Selon cette position : « [l]a nature particulière de l'institution se manifeste ici avec force : seul un régime original, libéré de la notion du contrat comme celle de juridiction, permettrait de concilier la rapidité nécessaire ainsi que les garanties que les parties sont en droit d'exiger. Pour permettre à l'arbitrage de connaître le développement

³³¹ F.E. KLEIN, « Autonomie de la volonté et arbitrage », *Rev. crit. DIP* 1958, p. 255, J. RUBELLIN-DEVINCHI, *L'arbitrage : nature juridique, droit interne et droit international privé*, Paris, LGDJ 1965, n° 127, p. 95, A. SAMUEL, *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich, Schulthess, Publication de l'Institut Suisse de droit comparé, 1989, p. 61. Par ailleurs, les normes applicables à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales sont différentes de celles applicables aux jugements étrangers. Ces derniers sont soumis au Règlement (CE) n° 44/2001, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ou, lorsqu'il n'est pas applicable, aux dispositions du droit international privé de *lex fori* du juge saisi, alors que les sentences arbitrales sont soumises à la Convention de New York de 1958.

³³² Nous nous rappelons que la théorie « mixte » a retenu, d'une part, que son point de départ est contractuel mais, d'autre part, qu'un régime procédural s'impose tout au long de la procédure jusqu'au résultat final (H. MOTULSKY, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, p. 31). À cette spécificité s'ajoute le rôle primordial de la loi du siège de l'arbitrage qui permet la reconnaissance de cette nature « mixte » [H. MOTULSKY, *ibid.*, p. 382].

³³³ A. SAMUEL, *op. cit.*, p. 61 et suiv. (69).

³³⁴ Ch. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage, Etude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Thèse Université Paris I, IRJS, 2011, p. 3, §2, J. RUBELLIN-DEVINCHI, *L'arbitrage : nature juridique, droit interne et droit international privé*, Paris, LGDJ 1965, n° 582 et 583, p. 364.

qu'il mérite, tout en le maintenant dans des justes limites, il faut admettre, [...], que sa nature n'est ni contractuelle, ni hybride, mais autonome »³³⁵.

En acceptant que la sentence ne puisse pas être considérée comme un jugement, que la convention d'arbitrage ne soit pas une convention comme les autres et que la nature mixte soit loin de capter la vraie nature de l'arbitrage, la théorie de l'« autonomie » réserve une place particulière à l'arbitrage. Elle reconnaît une institution autonome en se basant sur une reconnaissance large de la volonté des parties afin qu'il puisse se développer dans les systèmes judiciaires³³⁶.

Malgré les critiques exprimées, concernant les limites et l'encadrement de cette institution présumée « autonome³³⁷ », il y a cependant un objectif unanimement accepté : cette théorie permet de rechercher la fonction réelle de cette méthode de règlement des conflits et le rôle souhaité pour elle par les praticiens³³⁸, sans l'assimiler à une institution juridique déjà connue. L'interaction de la volonté des parties et des aspects juridictionnels conférés à l'arbitrage justifie son caractère *sui generis*. L'attribution d'un régime propre à l'arbitrage, et notamment, à la convention d'arbitrage est justifiée par la reconnaissance d'une institution autonome. Cela fut la conséquence logique, d'une part, de l'abandon de la position assimilant l'arbitrage à une juridiction étatique et, d'autre part, de l'abandon de la théorie contractuelle, qui intégrait la clause d'arbitrage aux autres clauses contractuelles³³⁹.

100. – Cette ambiguïté quant à sa nature juridique qui, lors de son apparition, a reçu un accueil relativement hostile de la jurisprudence³⁴⁰ et de la législation nationale³⁴¹,

³³⁵ J. RUBELLIN-DEVINCHI, *L'arbitrage : nature juridique, droit interne et droit international privé*, Paris, LGDJ 1965, n° 584, p. 365.

³³⁶ J. RUBELLIN-DEVINCHI, *ibid.*, p. 118 et suiv., KARAMITSANIS K., « Η νομική φύση της εκούσιας διαιτησίας », [« La nature juridique de l'arbitrage volontaire »], *Dike* 1975, p. 385 (394 et 398), G. OIKONOMOPOULOU, « Η αυτοτέλεια της συμφωνίας περί διαιτησίας » [« L'autonomie de la convention d'arbitrage »], *Dike* 1974, p. 691, A. FOUSTOUKOS, « Το κύρος της συμφωνίας για διαιτησία και ο έλεγχος του » [« La validité de convention d'arbitrage et son contrôle »] in *Διαιτησία (Μελέτες, Άρθρα, Παρεμβάσεις)* [Arbitrage (Etudes, Articles, Interventions)], Athènes – Komotini, Sakkoulas, 2000, p. 15 (16).

³³⁷ M. STONE, “A paradox in the theory of arbitration”, *Arb. J.* 1966, n. 21, p. 156.

³³⁸ A. SAMUEL, *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich, Schulthess, Publication de l'Institut Suisse de droit comparé, 1989, p. 73.

³³⁹ J. RUBELLIN-DEVINCHI, *op. cit.*, n° 138, p. 104.

³⁴⁰ Dans l'affaire *The Portsmouth [T. W. Thomas & Co, Ltd. v Portsea Steamship Co, Ltd (The Portsmouth)*, (HL), [1910] p. 293, [1911] p. 54, [1912], A.C. 1], il a été jugé que la clause compromissoire n'était pas une clause « germane » (il s'agit d'un terme utilisé en anglais et nous avons choisi de le traduire comme « intrinsèque » en français) au contrat de transport

a servi finalement de fondement au principe le plus favorable pour l'histoire de l'arbitrage international³⁴². Réserver constamment un traitement particulier à la clause d'arbitrage a conduit à admettre son caractère autonome et exceptionnel³⁴³. Par conséquent, des règles proprement consacrées à la convention d'arbitrage ont été développées au fur et à mesure³⁴⁴. Ainsi, le principe d'autonomie de la clause d'arbitrage a été établi. L'évaluation des clauses d'arbitrage dans le contrat de transport maritime doit s'effectuer sous cet angle, en tenant compte du fait que, malgré les particularités du contrat de transport maritime, la spécificité de ladite clause prévaut et nous oblige à réexaminer ces effets juridiques dans ce cadre contractuel.

maritime et donc, son incorporation doit être faite par une référence spécifique. L'argumentation s'appuyait sur le besoin d'informer le porteur du connaissement de l'existence d'une clause présumée « lourde » et qui déroge au régime normal du transport maritime. Une longue série des décisions étatiques adopte la même position, en soutenant que la nature « *non germane* » de la clause compromissoire exige un traitement spécifique qui permet d'assurer le consentement des parties face à des clauses non ordinaires [v. *Spurling Ltd v Bradshaw* [1956] 1 *W.L.R.*, p. 461 (466), la règle de « *red-hand* » a été consacrée pour les clauses extraordinaires qui méritent l'attention des parties et qui doivent y figurer clairement: “*Some clauses which I have seen would need to be printed in red ink on the face of the document with a red hand pointing to it before the notice could be held to be sufficient*”. Les clauses d'arbitrage n'ont pas échappé à l'influence de cette jurisprudence. Aussi, A. MASOOD, “Arbitration clauses, fairness, justice and commercial certainty”, *Arb. Int'l* 2010, vol. 26, n° 3, p. 409 (412)]. En droit français, une position similaire a également été adoptée en matière d'arbitrage maritime, définissant souvent la clause d'arbitrage comme une clause « dérogoire au régime normal. » Corollaire de cette position est le besoin de prendre des mesures de prévention pour protéger les parties. Dans ce cadre jurisprudentiel, abordé pleinement dans la Deuxième Partie (v. *infra* n° 185), il est intéressant de souligner que la clause qui désigne le droit applicable au contrat principal n'est pas considérée comme bénéficiant d'un caractère « *non germane* » au contrat de transport, même si, dans le prolongement de la logique précitée, la nature de cette clause n'est pas moins étrangère aux dispositions du contrat de transport maritime que celle de la clause compromissoire. Dans l'affaire *San Nicholas* [*Pacific Molasses Co and United Molasses Trading Co Ltd v Entre Rios Compania Naviera S.A., (The San Nicholas)* [1976] 1 *Lloyd's Rep.* p. 8], la clause qui désigne le droit applicable au contrat a été incorporée par une référence générale sur le connaissement. Le choix du droit applicable au contrat figurait dans le même article que le choix de recourir à l'arbitrage. Toutefois, le juge anglais n'a pas hésité à admettre l'incorporation du choix du droit applicable au contrat, et non pas au recours à l'arbitrage [cf. *Bangladesh Chemical Industries Co v Henry Stephens Shipping Co Ltd (The S.L.S. Everest)*, [1981] 1 *Lloyd's Rep.* p. 389]. Toutefois, cette position, assez hostile, est aujourd'hui abandonnée, en partie, par la jurisprudence anglaise qui ne soulève pas la nature particulière de ladite clause afin de supprimer son efficacité dans les contrats commerciaux. Comme tout accord privé entre des parties, cette clause est soumise au contrôle de l'information et du consentement préalable des personnes impliquées dans les rapports contractuels. Nous verrons cependant que cette position peut changer face aux contrats de transport maritime, et notamment par apport aux clauses compromissoires par référence à la charte-partie.

³⁴¹ En droit français, la clause compromissoire était nulle de 1843 à 1925 et ce n'est que par la loi du 31 déc. 1925 qu'elle a été valable. V. J. ROBERT, *L'arbitrage, Droit interne, Droit international privé*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1993, p. 47 (49), R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 71, n° 56, et 84-85, n°69.

³⁴² G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 321.

³⁴³ *V. Mitsubishi Motors Corp. v Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 US. 614, 105 S., Ct. 3346, 87.I.Ed. 2d 444, 455 (1985), qui cite: “*We are well past the time when judicial suspicion of the desirability of arbitration and of the competence of arbitral tribunals inhibited the development of arbitration as an alternative means of dispute resolution*”.

³⁴⁴ J. LEW, “Achieving the dream: autonomous arbitration?”, in LEW J., MISTELIS L. (Ed.), *Arbitration insights*, Kluwer, 2007, p. 455 (464), n° 20-35.

§2. La portée du principe d'autonomie

101. – L'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport au contrat principal est conçue comme une autonomie sur le plan juridique³⁴⁵. Ce principe, consacré par les trois systèmes juridiques en question (français, grec et anglais), par les conventions internationales régissant l'arbitrage, ainsi que par la jurisprudence arbitrale, constitue la pierre angulaire de l'arbitrage international³⁴⁶. La clause d'arbitrage est indépendante par rapport au contrat principal. Ainsi, elle n'est pas affectée par l'invalidité, l'inexistence, la nullité et tout autre vice du contrat principal. Dans le sens inverse, la nullité ou l'inexistence de la clause d'arbitrage n'influence pas *ipso iure* le contrat principal.

La dissociation de la clause d'arbitrage vis-à-vis du contrat principal justifie la soumission de la convention d'arbitrage à des règles différentes de celles régissant les autres clauses du contrat. La possibilité du dépeçage, soumettant chaque « partie » d'un contrat à une loi particulière, est une pratique bien établie en matière de droit international privé³⁴⁷. Ainsi, les parties peuvent profiter de l'autonomie consacrée à la convention d'arbitrage et la soumettre à une loi qui lui est propre.

³⁴⁵ J.- F. POUURET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, LGDJ, 2002, p. 133 (134), § 162 et suiv., Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 213, § 388 et suiv., G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 349, J.-B. RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2005, p. 305, P. SANDERS, « L'autonomie de la clause compromissoire », in *Hommage à Frédéric Eisemann*, Chambre du commerce internationale, 1978, p. 31 (33-34), A. SAMUEL, *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich, Schulthess, Publication de l'Institut Suisse de droit comparé, 1989, p. 157-158, F.E. KLEIN, « Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international », *Rev. crit. DIP* 1961, p. 499 (507). Dans ce sens v. aussi : Ph. FRANCESKAKIS, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt HECHT de la Cour de cassation », *Rev. arb.* 1974, p. 67, H. MOTULSKY, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, p. 335, P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de la clause compromissoire », *Rec. des cours* 1989, t. 217, p. 319, J.- P. ANCEL, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », in *Travaux du comité français D.I.P. 1991-1992*, Ed. Pédone, Paris, 1994, p. 75, S. SCHWEBEL, *International Arbitration: Three salient problems*, Cambridge, Grotius, 1987, p. 1 et suiv., Paris, 28 nov. 1989, *Rev. arb.* 1990, p. 675, note P. MAYER (p. 681).

³⁴⁶ P. AEBERLI, « Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A procedural Route Map », *Arb. Int'l* 2005, vol. 21, p. 253, A. DIMOLITSA, « Autonomie et "Kompetenz-Kompetenz" », *Rev. arb.* 1998, p. 305.

³⁴⁷ R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 185, n° 146. La technique du dépeçage, dans le cadre du droit international privé, permet de soumettre les actes juridiques à des lois différentes dans la mesure où un ensemble de questions présente une certaine autonomie. V. Art. 3§1 Règlement 593/2008 du 17 juin 2008 (« Rome I »), M.P. LAGARDE, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *Riv. dir. int. civ. e proc.* 1975, p. 649, B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Paris, Economica, 2010, p. 720, § 821, P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 10^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 549, § 710. Cette répartition va encore plus loin, en analysant les différents éléments de la convention d'arbitrage qui sont soumis, le cas échéant, à différents droits applicables (v. les conditions de forme de la clause, de capacité des parties, etc.). Cf. A. MANTAKOU, *H κατάρτιση της συμφωνίας διαιτησίας στη διεθνή συναλλαγή [La formation de la convention d'arbitrage dans les transactions internationales]*, Sakkoulas, 1998, p. 109, §75, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 425, S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Thèse Université Paris I, Economica, 2004, p. 328, § 460, Ch. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage, Etude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Thèse Université Paris I, IRJS, 2011, p. 208, § 271, Ph.

102. – La *ratio* de l'indépendance de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal trouve son origine à sa nature juridique. La clause d'arbitrage introduit un nouvel objet dans le contrat : le recours à l'arbitrage, comme méthode de résolution des litiges issus de celui-ci. Plus précisément, cette clause constitue un « accord » sur un objet différent de celui du contrat principal conclu par les mêmes parties³⁴⁸. Nous présumons, ainsi, que des parties raisonnables ont voulu donner cette portée indépendante à la clause d'arbitrage au moment de la formation du contrat³⁴⁹, afin de résoudre par la voie de l'arbitrage leurs différends issus du contrat principal. Le principe d'autonomie de la clause compromissoire lui permet de survivre à un vice affectant le contrat principal afin d'obtenir une décision arbitrale qui tranchera le litige.

Par conséquent, la clause ne peut pas être soumise aux mêmes conditions de validité que celles des clauses substantielles du contrat principal³⁵⁰. Ainsi, se trouve, au cœur

FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 228, § 413. La jurisprudence a également reconnu cette possibilité du dépeçage : « *L'exécution* [de la clause compromissoire] *n'obéit pas nécessairement à la loi qui régit* [le contrat dans lequel elle figure] » (Paris 1972, *Rev. arb.* 1973, p. 158, note Ph. FOUCHARD). En droit anglais : S. L. COLLINS (ed.), *Morris and Collins on the Conflict of laws*, Vol. II, 14th ed., London, Sweet & Maxwell, 2006, p. 1555, § 32-047, *CGU International Insurance plc v Szabo* [2002] 1 All E.R. (Comm) 83.

³⁴⁸ Le terme « convention » d'arbitrage utilisée très souvent aussi dans le même cadre que celui de la « clause » d'arbitrage indique exactement l'ampleur et la réalisation de ce principe. Un arrêt anglais se prononce ainsi sur ce point : « *The [...] characteristics of an arbitration agreement [...] are in one sense independent of the underlying or substantive contract [and] have often led to the characterization of an arbitration agreement as a "separate contract". [An arbitration agreement] is ancillary to the underlying contract for its only function is to provide machinery to resolve disputes as to the primary and secondary obligations arising under that contract.* » [*Westcare Inv. Inc. v Jugoimport-SDPR Holdings C. Ltd* [1998] 4 All E.R. 570 (Q.B.)]. Dans ce sens : *Bremer Vulcan v South India Shipping*, HL, [1981] A.C., p. 909, [1981] 1 All E.R., p. 289, [1981] 1 Lloyd's Rep., p. 253. V. aussi dans ce sens la sentence arbitrale : ICC Case N° 8938, XXIVa Y.B. Comm. Arb. 1999, p. 174, 176.

³⁴⁹ G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 349, P. SANDERS P., « L'autonomie de la clause compromissoire », in *Hommage à Frédéric Eisemann*, Chambre du commerce internationale, 1978, p. 31 (33-34), A. SAMUEL, *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich, Schulthess, Publication de l'Institut Suisse de droit comparé, 1989, p. 157-158, F.E. KLEIN, « Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international », *Rev. crit. DIP* 1961, p. 499 (507). Dans ce sens v. aussi : Ph. FRANCESKAKIS, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt HECHT de la Cour de cassation », *Rev. arb.* 1974, p. 67, H. MOTULSKY, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, p. 335, P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de la clause compromissoire », *Rec. des cours* 1989, t. 217, p. 319, J.- P. ANCEL, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », in *Travaux du comité français D.I.P. 1991-1992*, Ed. Pédone, Paris, 1994, p. 75, S. SCHWEBEL, *International Arbitration : Three salient problems*, Cambridge, Grotius, 1987.

³⁵⁰ Selon la doctrine et la jurisprudence françaises, le principe de l'autonomie fait échapper la clause d'arbitrage aux vicissitudes du contrat principal. Dans le cas de l'inexistence du contrat principal, les arbitres ont toujours le pouvoir de statuer sur leur propre compétence et de constater (ou pas) l'inexistence prétendue. La constatation, par les arbitres, de l'inexistence du contrat principal n'entraînerait pas directement des conséquences sur la validité substantielle de la clause d'arbitrage. Un examen autonome des conditions de la conclusion de la clause devrait résoudre la question de sa propre validité, indépendamment du sort du contrat principal. (G. BORN, *op. cit.*, p. 386, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 226, § 411 et p. 376, §595, ainsi que

de l'arbitrage international, la distinction entre la clause qui indique la méthode pour résoudre les litiges et les clauses substantielles du contrat qui constituent le fond des litiges en question. Ce principe assure que ces deux points en question seront tranchés de manière distincte, voire autonome, toute en faisant partie du même rapport contractuel.

103. – À la lumière du principe d'autonomie, la validité de la clause d'arbitrage insérée dans un contrat de transport maritime est autonome par rapport au droit applicable au contrat. Il a été souligné à maintes reprises que la particularité du contrat de transport maritime réside dans la nature spéciale du titre négociable qui incorpore la clause compromissoire ainsi que les autres clauses contractuelles. La recherche de la loi applicable à la clause d'arbitrage du contrat de transport est rarement effectuée sous l'angle du principe d'autonomie. Dans la plupart des décisions étatiques, notamment au Royaume-Uni, la validité de la clause compromissoire est recherchée en application de la loi qui régit le contrat de transport ou même le contrat d'affrètement³⁵¹.

Or, cette particularité ne devrait pas affecter l'efficacité de la clause³⁵². Celle-ci est soumise à ses propres règles, dans le droit en cause, et le formalisme imposé aux clauses contractuelles incorporées dans le titre de transport ne doit pas s'étendre à la clause compromissoire. Ceci dit, l'exigence d'un formalisme pour la validité de la clause arbitrale n'est pas exclue dans l'absolu, mais au contraire doit être recherchée

l'arrêt récent Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, *Rev. arb.* 2006, p. 103, note J.-B. RACINE, *JCP G* 2006, n° 24, I 148, p. 1173, obs. J. BEGUIN, *D.* 2006, n° 3, p. 199, avis avocat général J. SAINTE-ROSE, *D.* 2005, n° 44, *Panor.*, p. 3052, obs. Th. CLAY). Aussi, nous retrouvons l'idée selon laquelle la clause survit à la nullité ou à l'inexistence éventuelle du contrat principal telle que prévue à l'article 23 du Règlement CNUDCI, art. 6§ 9 Règlement CCI ainsi que dans le droit anglais (article 7 de l'Arbitration Act de 1996). V. l'opinion opposée soutenue par: P. SANDERS P., « L'autonomie de la clause compromissoire », in *Hommage à Frédéric Eisemann*, Chambre du commerce internationale, 1978, p. 31 (33-34), et par les arrêts Paris, 26 fév. 1988, *Rev. arb.* 1990, p. 851, note J. H. MOITRY, C. VERGINE, maintenu par Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1990, *JDI (Clunet)* 1992, p. 168. Dans le même sens Paris, 11 mai 2000, *Rev. arb.* 2002, p. 180, obs. Th. CLAY.

³⁵¹ R. FORCE, M. DAVIES, "Forum selection clauses in international maritime contracts", in DAVIES M. (Ed.), *Jurisdiction and forum selection in international maritime law, Essays in honor of Robert Force*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, p. 1 (32-37) où l'auteur souligne qu'en droit anglais l'incorporation de la clause compromissoire dans le connaissance de charte-partie est soumise au droit spécifiquement choisi pour régir la charte-partie. Le fondement de cette position se trouve dans les solutions dictées par le *Common law* mais aussi dans la loi de *Contracts (Applicable Law) Act* 1991 (UK), art. 3.4 et art. 8 qui stipule que « [t]he existence and validity of a contract, or of any term of a contract, shall be determined by the law which would govern it under this Convention if the contract or term were valid. » Ainsi, la validité de l'incorporation de la clause compromissoire (ainsi que de la clause d'élection de for) est régie par la loi qui s'appliquerait si l'incorporation était valable, à savoir la loi choisie dans la charte-partie.

³⁵² V. *supra* n° 53.

dans les normes qui s'appliquent spécifiquement à la clause d'arbitrage et non dans celles applicables au titre négociable de transport ou dans celles propres au contrat de transport.

104. – Par ailleurs, cette autonomie de la clause d'arbitrage ne signifie pas que cette dernière exige une « *acceptation distincte de celle du contrat principal*³⁵³ », ni qu'elle ne peut pas « *suivre le sort de la convention de fond en cas de transmission de cette dernière*³⁵⁴ ». Le jeu du principe d'autonomie impose que la clause compromissoire fasse partie intégrante du contrat, tout en restant autonome par rapport au droit applicable aux conditions du consentement exigées à cette clause. Donc, l'acceptation du contrat vaut aussi acceptation de la clause compromissoire, sauf que les conditions d'incorporation et d'acceptation de la clause compromissoire ne sont pas soumises aux mêmes règles. En matière d'arbitrage du commerce international, cette conséquence n'est guère contestée, puisque l'« autonomie » n'est pas interprétée comme formant un contrat requérant un consentement spécial et séparé. Au contraire, cette « autonomie » permet la soumission de la clause à un régime plus souple qui garantit son efficacité maximale.

Or, l'exigence d'un consentement spécifique est régulièrement invoquée dans les litiges issus des contrats de transport maritime. La doctrine anglaise n'hésite pas à faire entrer la clause d'arbitrage (et d'élection de for) dans la catégorie des clauses non « *intrinsèques*³⁵⁵ » et de caractère auxiliaire au contrat afin de souligner son caractère exceptionnel et de ce fait, la soumettre à des conditions d'incorporation encore plus strictes. Dans l'affaire *Aughton*, le juge a considéré ladite clause comme « *self-contained contract collateral or ancillary* » au contrat principal³⁵⁶. En raison de

³⁵³ A. SAMUEL, *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich, Schulthess, Publication de l'Institut Suisse de droit comparé, 1989, p. 158. Dans ce sens, v. J.-B. RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2005, p. 305 (315).

³⁵⁴ B. OPPETIT, « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990, p. 551, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 225, § 408.

³⁵⁵ Il s'agit de l'expression « *directly germane* », souvent utilisée dans les décisions anglaises. V. *T. W. Thomas & Co, Ltd. v Portsea Steamship Co, Ltd (The Portsmouth)*, (HL), [1910] p. 293, [1911] p. 54, [1912], A.C. 1, *Siboti K/S v BP France SA*, [2003] EWHC 1278 (Comm), p. 1 (12), § 32, [2003] 2 *Lloyd's Rep.* p. 364.

³⁵⁶ *Aughton Limited v M.F. Kent Services Limited*, Court of Appeal, 4 nov. 1991, [1993] WL 963255, *Bull ASA* 1992, p. 555 : le juge reprend la phrase de l'affaire *Bremer Vulkan v South India shipping*, [1981] A. C. 909. La doctrine anglaise a critiqué cette approche soutenant que l'« autonomie » de la clause vise à protéger sa validité dans le cas où la nullité du contrat principal paralyserait les effets juridiques de cette dernière dans son ensemble [cf. A. TWEEDDALE, "Incorporation of arbitration clauses", *Arbitration* 2002, p. 48 (50)].

cette « spécificité » de la clause ainsi que de la position contractuelle délicate du destinataire, son consentement vis-à-vis de la clause est soumis à des conditions plus strictes, sous certaines circonstances³⁵⁷. À l'appui du principe d'autonomie et en méconnaissance de son interprétation en matière d'arbitrage du commerce international, la doctrine et la jurisprudence maritimes se positionnent en faveur de la distinction entre l'acceptation du contrat et l'acceptation de la clause d'arbitrage.

Toutefois, notre intention n'est pas de soutenir l'idée d'un arbitrage sans consentement. Nous souhaitons, au contraire, démontrer que la preuve du consentement à la clause d'arbitrage est soumise aux règles qui lui sont propres et dépend de la position contractuelle du destinataire³⁵⁸.

105. – La consécration du principe d'autonomie et les conséquences qui en découlent sont illustrées sur un plan à la fois jurisprudentiel et législatif. En droit anglais, malgré les hésitations initialement observées³⁵⁹, le principe a été pleinement reconnu en 1993, dans un arrêt de référence : *Harbour v Kansa*³⁶⁰. L'efficacité de la clause d'arbitrage a été reconnue de plein droit même lorsque le contrat principal était

³⁵⁷ Le juge anglais statuant sur l'affaire *Habas Sinai v Sometal*, a également reconnu le caractère auxiliaire (« ancillary » ou « collateral ») de la clause compromissoire, mais, à l'inverse de la position adoptée dans l'affaire *T. W. Thomas & Co, Ltd. v Portsea Steamship Co, Ltd (The Portsmouth)*, (*op. cit.*), cette constatation n'a pas constitué un obstacle afin de considérer que son incorporation était effective suite à une référence générale [v. *Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Isthisal Endustri A. v Sometal SAL*, [2010] 1 All E.R. (Comm.) 1143, [2010] 1 *Lloyd's Rep.* p. 661, 2010 WL 19905, [2010] EWHC 29 (Comm.) points 51]. Nous verrons dans la suite de nos analyses, qu'en droit anglais, la référence générale est capable de valider l'incorporation d'une clause compromissoire lorsque les parties dans le contrat où la référence figure sont les mêmes parties qui forment le contrat initial. Autrement dit, il s'agit en effet de deux contrats séparés, contenant des clauses qui sont susceptibles de s'incorporer par une référence générale, mais, la particularité réside sur le fait que les parties aux deux contrats restent les mêmes.

³⁵⁸ Aussi, la méfiance des praticiens qui considèrent l'arbitrage comme un mécanisme permettant au transporteur d'échapper aux obligations imposées par les conventions internationales ne doit pas influencer l'examen des conditions de la validité de la clause d'arbitrage envers le destinataire.

³⁵⁹ Cela est arrivé probablement car ce principe ouvrait la voie à la pleine reconnaissance du principe de compétence-compétence, et le système judiciaire anglais s'est montré assez réticent à avancer dans cette direction (N. BLACKABY et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 119, § 2.96, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 221, § 404).

³⁶⁰ [1993] 1 *Lloyd's Rep.*, p. 455 (High Court), [1993] *Q.B.* 701 (Court of Appeal), *Yearbook* 1995, p. 771. Le texte de la décision est le suivant : “*First, there is the imperative of giving effect to the wishes of the parties unless there are compelling reasons of principles why it is not possible to do so. [...] Secondly, if the arbitrating clause is not held to survive the invalidity of the contract, a party is afforded the opportunity to evade his obligation to arbitrate by the simple expedient of alleging that the contract is void. In such cases courts of law then inevitably become involved in deciding the substance of the dispute. Moreover, in international transactions where the neutrality of the arbitral process is highly prized, the collapse of this consensual method of dispute resolution compels a party to resort to national courts where in the real world the badge of neutrality is sometimes perceived to be absent. For parties the perceived effectiveness of the neutral arbitral process is often a vital condition in the process of negotiation of the contract. If that perception is absent, it will often present a formidable hurdle to the conclusion of the transaction. A full recognition of the separability principle tends to facilitate international trade*”.

prétendu nul *ab initio*³⁶¹. En droit positif, le système juridique du Royaume-Uni a également introduit ce principe dans l'*Arbitration Act* de 1996³⁶².

Suite à l'évolution doctrinale³⁶³ en matière d'arbitrage international (tant législative que jurisprudentielle), le principe d'autonomie de la clause d'arbitrage a été progressivement reconnu dans l'ordre juridique grec³⁶⁴. La jurisprudence de la Cour de cassation grecque s'est également adaptée à cette évolution³⁶⁵.

³⁶¹ Dans la même ligne v. l'arrêt *Fiona Trust Holding Corp. v Yuri Privalov*, [2007] UKHL 40. V. aussi P. GROSS, "Separability Comes of Age in England: Harbour v Kansa and Clause 3 of the Draft Bill", *Arb. Int'l* 1995, v. S. L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of laws*, Vol. I, 14th ed., London, Sweet & Maxwell, 2006, p. 714, §16-008 et suiv., R. MERKIN, L. FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, 4th ed., London, Informa, 2008, p. 34 et suiv., A. SAMUEL, "Separability in English Law – Should an arbitration Clause be regarded as an Agreement Separate and Collateral to a contract in Which it is contained?", *Arb. Int'l* 1986, vol. 3(3), p. 85, C. M. SVERNLOV, "The Evolution of the Doctrine of Separability in England: Now Virtually Complete?", *J. Int'l Arb.* 1992, vol. 9, n° 3, p. 115 (116), D.J. SUTTON, J. GILL, M. GEARING, *Russell on arbitration*, 23^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2007, § 2-007, p. 32 et suiv. Toutefois, dans un arrêt récent de la juridiction anglaise, la validité de la clause compromissoire a été contestée sur la base qu'après avoir examiné l'échange de telex et recap entre les parties, il a été décidé qu'aucun consentement n'existait pour la conclusion d'un contrat d'affrètement, et qu'en conséquence, la convention d'arbitrage ne pouvait pas être formée dans ces circonstances. Cf. *Hyundai Merchant Marine Co Ltd v Americas Bulk Transport Ltd (The Pacific Champ)*, [2013] EWHC 470 (Comm.), "Charterparty: consensus ad idem - whether parties concluded fixture", *L.M.L.N.* 2013, 873, p. 2-3, "Jurisdiction: challenging an award on jurisdiction", *Arb. L.M.* 2013, Apr, 1-3, "Arbitration: award set aside for lack of consensus", *P.L.C.* 2013, vol. 24(4), p. 64.

³⁶² La disposition de l'article 7 indique que "[s]auf convention contraire des parties, une convention d'arbitrage qui fait partie ou était destinée à faire partie d'une autre convention (écrite ou non) n'est pas réputée nulle, inexistante ou privée d'efficacité du fait que cette dernière convention est nulle, n'a pas vu le jour ou se trouve privée d'efficacité. Elle est à cette fin considérée comme une convention autonome" ["Section 7 (A.A. 1996): Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because the other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement."] Pour la traduction du texte anglais, v. *Rev. arb.* 1997, p. 93 et suiv.. Le texte original utilise la phrase « *distinct agreement* », néanmoins, il ne pose pas de problème lors de l'interprétation (juridique et linguistique) de l'article, dans la mesure où le sens reste toujours proche des termes « *autonomous* » ou « *separable* » utilisés dans le même contexte par la doctrine et la jurisprudence anglaise.

³⁶³ A. MANTAKOU, *H κατάρτιση της συμφωνίας διαιτησίας στη διεθνή συναλλαγή [La formation de la convention d'arbitrage dans les transactions internationales]*, Sakkoulas, 1998, p. 109, §75.

³⁶⁴ L'article 16 § 1 al. 2 et 3 de la loi 2735/1999, [reprenant l'article 23 de la loi-type de la CNUDCI de 2010 (ancien article 21§2 du texte de 1976)], dispose qu'« [à] cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire. » Aussi la doctrine et la jurisprudence ont appliqué le principe. V. V. STAMATOPOULOS, « Η αυτονομία της σύμβασης διαιτησίας » [« L'autonomie de la convention d'arbitrage »], *Dike international* 2008, p. 1196 (1197), St. KOUSSOULIS, *To δίκαιο της διαιτησίας [Le droit de l'arbitrage]*, Athènes, Sakkoulas, 2006, p. 49, réf. 128. En matière d'arbitrage interne, il n'y a pas de disposition équivalente. Toutefois, certains soutiennent que le principe d'autonomie s'applique car la loi (art. 869 § 2 CPC grec) qualifie la convention d'arbitrage de « convention », et alors, la considère indépendante de la « convention principale. »

³⁶⁵ Cour de cassation grecque [Αρειος Πάγος] 26 / 1998, *E.Εμπ.Δ.* 1999, p. 557, Cour d'appel d'Athènes [Εφετείο Αθηνών] 5522/2002, *Αρμ.* 2003, p. 1658, Cour d'appel d'Athènes [Εφετείο Αθηνών] 6752 / 1976, *Αρμ.* 1977, p. 292. La jurisprudence et une partie de la doctrine grecque reconnaissent toujours la nature procédurale de la convention d'arbitrage, parce que ces effets se réalisent sur un plan procédural (elle exclue la juridiction étatique lors d'un litige). Cf. V. STAMATOPOULOS, « Η αυτονομία της σύμβασης διαιτησίας » [« L'autonomie de la convention d'arbitrage »], *Dike international* 2008, p. 1196 (1198)]. Toutefois, cet avis n'est pas unanimement partagé par la doctrine grecque, v. A. FOUSTOUKOS, *Διαιτησία [Arbitrage]*, Athènes-Komotini, Sakkoulas, 2000, p. 16, où l'auteur soutient que la convention d'arbitrage a un caractère particulier, voire autonome.

La jurisprudence française a reconnu, dans un premier temps, cet aspect du principe dans un arrêt de référence : l'arrêt Gosset du 7 mai 1963³⁶⁶ : « *En matière d'arbitrage international, l'accord compromissaire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles [...], une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte* ». En droit positif français, nous retrouvons le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage, dans l'article 1447 CPC, qui a finalement retenu le terme « indépendance » : « *La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci* »³⁶⁷.

106. – En droit anglais et grec, l'application du principe signifie que la clause d'arbitrage est soumise à une loi différente des autres clauses et que cette loi est indiquée par les règles du droit international privé du juge saisi à cette occasion. Contrairement aux systèmes juridiques anglais et hellénique qui restent assez traditionnels par rapport à l'application du principe d'autonomie, la jurisprudence française s'est montrée plutôt favorable à la dimension autonome du droit applicable à la clause et a adopté au fur et à mesure des positions encore plus libérales à cet égard³⁶⁸. Ainsi, le juge français, à partir de l'arrêt *Hecht*³⁶⁹, n'applique pas la méthode traditionnelle des règles de conflit à la validité de la clause. Selon une interprétation

³⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963, (*Gosset*), *JCP* 1963, II, 13405, note B. GOLDMAN, *JDI (Clunet)* 1964, p. 82, 1^{ère} esp., note J.D. BREDIN, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 615, note H. MOTULSKY, *D* 1963, p. 545, note J. ROBERT.

³⁶⁷ Le législateur a choisi d'introduire un terme à caractère plus général, celui de l'« indépendance », afin de souligner l'autonomie fonctionnelle de la clause et aussi la nature de celle-ci en tant que contrat distinct, ayant pour objet le recours à l'arbitrage. Un autre terme assez large et « peu juridique » attire aussi notre attention : l'« inefficacité ». Le législateur français a pris en considération l'évolution du principe observée depuis l'arrêt Gosset de 1963 mentionné ci-dessus, et a inclus dans ce terme tous les vices du contrat principal qui n'affectent finalement pas la convention d'arbitrage : sa nullité, son expiration, sa résiliation, sa caducité, sa non-formation, et même son inexistence en matière d'arbitrage international [V. Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien - Lextenso éditions, 2013, p. 505, D. CHENU, « L'autonomie de la clause compromissaire après le décret du 31 janvier 2011 », *LPA* 2011, n° 79, p. 3, M. DE BOISSESON, « La nouvelle convention d'arbitrage », in Th. CLAY (Dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011, p. 81 (85, 86), Paris, 26 nov. 1981, *Rev. arb.* 1982, p. 439, note E. MEZGER, Paris, 24 mai 2000, *Rev. arb.* 2001, p. 535, note P. DIDIER, Cass. 2^e civ., 8 avr. 2004, *RTD civ.* 2004, p.770, obs. Ph. THERY, *RTD com.* 2006, p. 764, obs. E. LOQUIN, Cass. 1^{ère} civ., 28 nov. 2006, *JDI (Clunet)* 2007, p. 1255, note O. DIALLO, *D.* 2008, Panor., n° 3, p. 182, obs. Th. CLAY, Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, *JCP* 2006, n° 24, I 148, 1173, obs. J. BEGUIN, *Rev. arb.* 2006, p. 103, note J.-B. RACINE, *D.*, 2006, n° 3, p. 199, avis avocat général J. SAINTE-ROSE, *D.* 2005, n° 44, Panor., p. 3052, obs. Th. CLAY].

³⁶⁸ Ph. LÉBOULANGER, "The arbitration agreement: still autonomous?", in A. J. VAN DEN BERG (ed), *International arbitration 2006: Back to basics?*, ICCA Congress Series 2006, N° 13, Kluwer Law International 2007, p. 3.

³⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 1972, *Hecht c/ Société Buisman's*, *JDI (Clunet)* 1972, p. 843, note B. OPPETIT, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 82, note P. LEVEL, et déjà, Paris, 19 juin 1970, *JCP* 1971, II, 16 927, note B. GOLDMAN, *JDI (Clunet)* 1971, p. 833, note B. OPPETIT, *Rev. crit. DIP* 1971, p. 692, note P. LEVEL, *Rev. arb.* 1972, p. 62, note Ph. FOUCHARD. L'examen de cet arrêt aura lieu dans la suite de nos analyses. V. *infra* n° 119.

propre du droit français, l'autonomie de la clause permet de la soumettre à des règles matérielles issues de la jurisprudence étatique et non pas à des règles de conflit³⁷⁰.

Section II. La méthode de détermination des normes applicables à la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime de marchandises

107. – Accepter la dissociation de la clause d'arbitrage du reste du contrat ne signifie pas que la clause soit forcément régie par un droit différent de celui qui gouverne le contrat au fond³⁷¹. Le véritable sens du principe d'autonomie, à ce stade, est que la *méthode* de recherche du droit applicable à la clause d'arbitrage et au contrat principal peut être différente. Par conséquent, le droit finalement applicable peut aussi être différent.

Afin de répondre à la question de la validité de la convention d'arbitrage dans un connaissance de charte-partie, il est indispensable de savoir qui, du juge ou de l'arbitre, se prononcera sur le sujet en question et au regard de quelle loi il l'appréciera³⁷². Face au besoin de résoudre des rapports de droit privé présentant un élément d'extranéité, recourir aux règles du droit international privé paraît inévitable³⁷³.

108. – Le juge étatique saisi afin de statuer sur la validité de la clause d'arbitrage dans un connaissance de charte-partie, devrait appliquer le droit international privé de son for³⁷⁴. Or, dans un souci de simplification³⁷⁵, les juges appliquent souvent

³⁷⁰ Ch. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage, Etude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Thèse Université Paris I, IRJS, 2011, p. 210, § 274, J. RUBELLIN-DEVINCHI, *L'arbitrage : nature juridique, droit interne et droit international privé*, Paris, LGDJ 1965, n°147, p. 109 et suiv.

³⁷¹ G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 412.

³⁷² Cette question est posée à chaque litige afin d'aboutir logiquement à la solution envisagée, tout en suivant une méthode logique, en l'espèce, une méthode du droit international privé. Cf. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, n° 89, p. 59, C. AMBROSE, K. MAXWELL, *London maritime arbitration*, London, LLP, 1996, p. 38.

³⁷³ Il convient de distinguer deux types de procédés de règlementation en droit international privé : le procédé indirect de règlementation, qui se compose des « règles de conflits de lois » (règles dont la fonction est d'indiquer au juge le système normatif dans lequel il puisera la solution à la question de droit privé qui lui est posée). D'un autre côté, il existe le procédé direct, qui consiste à appliquer des « règles matérielles / substantielles », qui, à leur tour, fournissent directement la solution à la question posée au juge. (Cf. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 10^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2010, n° 15, p. 9 et suiv., P. MAYER, *op. cit.*, n° 93, p. 64 et suiv., et n° 125, p. 92 et suiv., D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I, Partie générale*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2010, p. 579, § 540 et suiv.)

³⁷⁴ A. TSAVDARIDIS, « Η αντιμετώπιση των διαιτητικών ρητρών ενσωμάτωσης εξ επόψεως ιδιωτικού διεθνούς δικαίου » [« Les clauses d'arbitrage par référence du point de vue du droit international privé »], *E.Εμπ.Δ.* 2007, p. 205 (206), Ch.

directement la *lex fori* et non pas le droit international privé de la *lex fori*³⁷⁶, à savoir les règles de conflit. D'un point de vue méthodologique, un tel raisonnement est erroné et est susceptible d'altérer les résultats du choix de la loi applicable à la matière et du régime de validité de la clause compromissoire. Il faut, néanmoins, reconnaître que la majorité des juges nationaux abandonnent cette pratique en faveur d'un raisonnement véritablement propre au droit international privé et à l'arbitrage international³⁷⁷.

109. – Par ailleurs, il est impossible d'envisager l'application de la *lex fori* par un tribunal arbitral. Il est unanimement accepté que le tribunal arbitral ne soit pas rattaché à un ordre juridique national qui lui imposerait une règle de conflit pour déterminer le droit applicable au litige ni, par ailleurs, des conditions de validité établies par une règle matérielle³⁷⁸. En effet, les conventions internationales, les règlements d'arbitrage ainsi que les lois nationales offrent une liberté très importante aux arbitres de recourir à l'application du droit qui est le plus adapté au litige, à défaut d'un choix exprès des parties.

Il convient néanmoins de rappeler que les arbitres souhaiteront toujours rendre une sentence présentant le minimum de risques d'annulation. Autrement dit, afin d'assurer une efficacité maximale à leur sentence, lors de la recherche du droit applicable au litige, ils doivent prendre en considération des éléments différents tels

PANOU, *Le consentement à l'arbitrage, Etude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Thèse Université Paris I, IRJS, 2011, p. 1, §1.

³⁷⁵ Nous ne pouvons certainement pas ignorer les difficultés rencontrées dans la recherche de la solution juridique réservée à un système juridique étranger sur une question précise de droit, cf. la validité de la clause d'arbitrage par référence dans un connaissance de charte-partie. Le juge national doit faire face à des difficultés sérieuses lors d'une recherche juridique sur une loi étrangère, certes, mais cela ne signifie pas que l'entreprise d'une telle recherche et l'aboutissement à des résultats concrets sont impossibles.

³⁷⁶ A. TSAVDARIDIS, « Η αντιμετώπιση των διαιτητικών ρητρών ενσωματώσεως εξ επόμεως ιδιωτικού διεθνούς δικαίου » [« Les clauses d'arbitrage par référence du point de vue du droit international privé »], *E.Εμπ.Α.* 2007, p. 205 (207), T. PAPAPOPOULOU, *Ο ρόλος του δικάζοντος δικαστή στο ιδιωτικό διεθνές δίκαιο. Οι περιπτώσεις άμεσης επιλογής του εθνικού δικαίου στο ελληνικό δίκαιο των συγκρούσεων νόμων* [*Le rôle du juge national au droit international privé. Les cas de l'application du droit national en droit grec des conflits de lois*], Athènes-Thessalonique, Sakkoulas, 2000.

³⁷⁷ Cette pratique était principalement due à l'adoption par les juges étatiques de la doctrine de la nature juridictionnelle de l'arbitrage. Néanmoins, cette doctrine a été depuis longtemps abandonnée au profit de la théorie de la nature « mixte » de l'arbitrage et de celle de la nature « autonome ». Cette évolution a également influencé les juges qui sont à la recherche du droit applicable à la clause d'arbitrage.

³⁷⁸ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 881, § 1541, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 2123, P. LALIVE, « Le droit applicable au fond par l'arbitre international », in *Droit international et droit communautaire*, Fondation Calouste Gulbenkian, Paris, 1991, p. 33 (41).

que le siège de l'arbitrage où la sentence sera rendue et le lieu où la sentence sera probablement exécutée.

Les arbitres ont intérêt à ne pas écarter une loi ou une norme obligatoire qui lie le juge du pays du siège, car cela pourrait être un motif d'annulation de la sentence rendue, pour violation de l'ordre public international. En outre, la loi applicable au pays d'exécution de la sentence est aussi déterminante. L'efficacité de la sentence dépend de son aptitude à se voir exécuter dans ce pays. Or, pour son exécution, il faut que l'ordre public du pays ne soit pas menacé. Ainsi, les arbitres ont un devoir de prévoir, dans la mesure du possible, le pays d'exécution et de respecter les lois d'ordre public de ce pays. Comme nous le verrons par la suite, la prise en considération des conventions internationales en vigueur dans ce pays devrait être la priorité des arbitres.

110. – Par conséquent, même si les arbitres ne sont pas spécifiquement liés par une méthode de détermination de la loi applicable, leur jugement peut être indirectement influencé par le raisonnement du juge par rapport à la validité de la convention d'arbitrage. Il impose, ainsi, de présenter la méthode adoptée par le juge afin de déterminer le droit applicable à la validité de la clause arbitrale. Ainsi, nous constaterons que les juges anglais et grecs recourent aux règles de conflit de lois (§1), tandis que les juges français appliquent des règles matérielles pour l'appréciation de la validité de la clause compromissoire (§2).

Les juges sont liés par la méthode de détermination des normes applicables à la convention d'arbitrage, ainsi que par les normes en soi, tout au long de la procédure arbitrale. Toutefois, nous verrons que l'étendue de leur pouvoir de contrôler la validité de la clause compromissoire peut être différent au moment d'un contrôle préalable de la clause, à savoir avant la constitution du tribunal arbitral (§3).

§1. La méthode des règles de conflit

111. – La méthode des règles de conflit est la méthode la plus utilisée pour déterminer le droit applicable à toute affaire relevant du droit international privé³⁷⁹. Cette méthode suit un raisonnement classique en termes de conflit de lois, qui indique le droit applicable afin de résoudre la question posée au juge. Ainsi, il convient de recourir aux textes internationaux de l'ordre juridique qui s'appliquent à l'arbitrage international³⁸⁰. Parmi ces instruments internationaux, nous découvrirons des règles de conflit de lois aussi bien que des règles matérielles.

A. La règle de conflit de la Convention de New York

112. – La convention de l'arbitrage international la plus répandue dans la grande majorité des États est la Convention de New York « *pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* »³⁸¹. Cette Convention, signée en 1958, dans le but d'améliorer et d'uniformiser les règles applicables en matière d'arbitrage international, fournit aux États contractants un régime plus ou moins uniforme³⁸², sur la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale étrangère ainsi que sur la validité des clauses compromissoires³⁸³. La Convention s'applique lorsque la sentence est étrangère, à savoir quand elle est rendue dans un autre État

³⁷⁹ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I, Partie générale*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2010, p. 333, H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, 8^e éd., t. I, Paris, LGDJ, 1993, n° 3 (selon ces auteurs, le conflit de lois est « le procédé le plus général de solution des problèmes du droit international privé consist[ant] non à les résoudre directement par des dispositions législatives propres, mais à désigner, s'agissant de relations concernant les particuliers, la loi interne qui leur sera appliquée. »)

³⁸⁰ Ainsi, le Règlement 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Convention de Rome I) qui exclut expressément de son champ d'application l'arbitrage (art. 1, § 2, al. (e)), ne pourrait pas s'appliquer en l'espèce.

³⁸¹ La Convention est considérée comme « *most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law* » (A. J. VAN DEN BERG, *The New York Convention of 1958, Towards a uniform judicial interpretation*, Antwerp, Kluwer Law and Taxation, 1981). V. aussi A. J. VAN DEN BERG, «The New York convention : Its Intended Effects, Its Interpretation, Salient Problem Areas», *ASA Special Series* 1996, N° 9, p. 25, P. SANDERS, «The History of the New York Convention», in A. J. VAN DEN BERG (ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of application of the New York Convention*, ICCA Congress Series 1998, N° 9, Kluwer Law International 1999, p. 11, M. J. MUSTILL, «Arbitration: History and background», *J. Int'l Arb.* 1989, vol. 6, n° 2, p. 43.

³⁸² Il est clair que des divergences existent sur son interprétation par les juges nationaux. Aussi, cette divergence est alimentée par l'adoption, par certains États signataires, de règles prévoyant un régime plus souple à la convention d'arbitrage. Cette possibilité est prévue dans le texte de l'article VII de la Convention. V. *infra* n° 119.

³⁸³ Malgré son intitulé et la volonté initiale des pays signataires d'améliorer et de mettre à jour le régime de l'arbitrage international en vigueur à cette époque en application du Protocole de Genève de 1923 (sur les clauses d'arbitrage en matière commerciale) et de la Convention de Genève de 1927 (sur l'exécution des sentences arbitrales étrangers), finalement, le champ d'application de la Convention inclut aussi le régime applicable aux conventions d'arbitrage. Ce résultat est dû à l'intervention de la délégation Néerlandaise, lors de l'adoption du texte officiel. Le texte introduit ainsi des conditions pour la reconnaissance et l'application des clauses d'arbitrage et permet la création d'un espace favorable à l'arbitrage international. V. A. J. VAN DEN BERG, *The New York Convention of 1958, Towards a uniform judicial interpretation*, *op. cit.*, p. 56, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 92 (94) - 97, 203 et suiv.

contractant. La nationalité des parties à la clause d'arbitrage ou même, l'internationalité de l'affaire ne limitent pas son champ d'application.

Lorsque la Convention ne s'applique pas³⁸⁴, la *lex fori* du droit international privé des pays en question s'applique. Ainsi, nous retrouvons les mêmes dispositions applicables à la clause relevant de l'arbitrage international. Les juridictions grecque et anglaise³⁸⁵ ont pratiquement incorporé la Convention de New York au droit positif, reprenant les mêmes solutions proposées par celle-ci [art. 36 de la loi grecque 2735/1999 qui renvoie à la Convention de New York, et s. 103.2(b)³⁸⁶ *Arb. Act* 1996]. Nous verrons qu'en droit français, l'application des règles matérielles impose des solutions propres en matière d'arbitrage, sans besoin de recourir aux dispositions législatives.

Dans la Convention de New York, nous ne retrouvons pas de dispositions se référant expressément à l'arbitrage en matière de transport maritime. Cependant, le transport maritime international reste traditionnellement dans le champ du commerce international et est couvert par la formulation générale des « matières commerciales » qui délimite le champ d'application de la Convention³⁸⁷. Ainsi, la Convention de New York s'applique aux litiges issus du transport maritime.

113. – Cette Convention prévoit les conditions d'une efficacité maximale de la clause compromissoire et crée un régime autonome et particulier, applicable uniquement à celle-ci. Deux dispositions dans son texte concernent ainsi la clause d'arbitrage : les articles II et V. L'article II édicte une règle matérielle, directement applicable afin de

³⁸⁴ Cela peut arriver lorsque le pays où la sentence a été rendue n'est pas partie à la Convention, alors que le pays de l'exécution de la sentence a signé la Convention et a accepté la clause de la réciprocité.

³⁸⁵ S. L. COLLINS S. L. (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of laws*, Vol. I, 14th ed., London, Sweet & Maxwell, 2006, p. 717, §16 -012. V. dans ce sens: *Naviera Amazonica Peruana Ltd v Compania Internacional de Seguros del Peru*, CA, [1988] 1 *Lloyd's Rep.* p. 246 (250), A. TWEEDDALE, K. TWEEDDALE, *Arbitration of commercial disputes, International and English law and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 179, § 6.05, St. KOUSSOULIS, *To díkaiο της διατησίας [Le droit de l'arbitrage]*, Athènes, Sakkoulas, 2006, p. 161, n° 61.

³⁸⁶ Article 103 Arbitration Act 1996: "Refusal of recognition or enforcement: (1) [...] (2) Recognition or enforcement of the award may be refused if the person against whom it is invoked proves—(a) [...] ; (b) that the arbitration agreement was not valid under the law to which the parties subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; [...]" V. le texte traduit dans la *Rev. arb.* 1997, p. 93 et suiv.

³⁸⁷ F. MARRELLE, "Unity and Diversity in International Arbitration: the case of maritime arbitration", *Am. U. Int'l L. Rev.* 2005, vol. 20, p. 1055 (1067).

fixer les conditions de forme et les effets des conventions d'arbitrage³⁸⁸. Quant à l'article V. 1 (a), il prévoit une règle de conflit indiquant que la convention d'arbitrage sera soumise, soit à la loi choisie par les parties, soit, à défaut d'un tel choix, à la loi du siège de l'arbitrage. Plus précisément, la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale peut être refusée lorsque la convention d'arbitrage, « *n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ; [...]* »³⁸⁹.

Ainsi, la reconnaissance de l'autonomie de la volonté des parties en matière d'arbitrage international prend une dimension réelle, en permettant aux parties de soumettre la convention d'arbitrage et le contrat principal à des lois différentes³⁹⁰. À défaut d'un choix exprès, la Convention prévoit une règle de conflit propre à la convention d'arbitrage. Son caractère, autonome et *sui generis*, impose une règle de conflit issue d'un texte international qui lui est propre. La clause de « conflits de lois » que l'on retrouve dans cet article de la Convention de New York a été considérée comme « *la grande conquête* » de cette dernière³⁹¹.

114. – Aujourd'hui, il est admis que le régime applicable à la convention d'arbitrage reste le même tout au long du processus arbitral, indépendamment du moment du contrôle de sa validité³⁹². La règle de conflit de l'article V. 1 (a) s'applique lorsque le juge étatique doit examiner la validité de la convention, soit lors d'une demande de

³⁸⁸ Art. II, al. 1 Convention New York: « *Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.* »

³⁸⁹ Nous retrouvons la même disposition dans la loi-type CNUDCI (art. 36, § 1, al. i) qui prévoit que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence ne peuvent pas avoir lieu si la convention d'arbitrage « *n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ; [...]* »

³⁹⁰ En application de cette règle de conflit, il faut d'abord constater que les États signataires doivent respecter la convention d'arbitrage conclue entre les parties, donc indirectement, il faut également respecter l'accord des parties sur le droit applicable à celle-ci. G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 429, A. TWEEDDALE, K. TWEEDDALE, *Arbitration of commercial disputes, International and English law and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 179, § 6.05.

³⁹¹ J.-D. BREDIN, « La convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », *JDI (Clunet)* 1960, p. 1003 (1020, 1029).

³⁹² G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 461, SCHRAMM D., GEISINGER EL., PINSOLLE Ph., « Article IP », in KRONKE H. et al. (Dir.), *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: A global commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, p. 36 (54).

reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale, soit à propos d'un contrôle préalable à l'émission de la sentence arbitrale.

La jurisprudence³⁹³ a affirmé cette interprétation de la Convention de New York à maintes reprises. Par ailleurs, une preuve d'interaction entre l'article V. 1 (a) et l'article II de la Convention réside dans le fait que le premier renvoie au deuxième. En conséquence, la jurisprudence a déduit qu'il serait logique d'accepter aussi l'inverse (à savoir que l'article II renvoie implicitement à l'article V), et, à partir de cette déduction, elle a introduit une lecture complémentaire des deux articles³⁹⁴. Cette homogénéité du droit applicable à la clause compromissoire est envisagée, tant par les praticiens de l'arbitrage international que par la structure même de la Convention qui vise à promouvoir l'arbitrage international³⁹⁵.

115. – Toutefois, la fragmentation du régime de la convention d'arbitrage, en fonction du stade de son contrôle, a été également soutenue par une partie de la doctrine internationale³⁹⁶. Ainsi, selon cette position, la règle de conflit de la Convention de New York est seulement mise en œuvre par le juge national au moment du contrôle d'une demande de reconnaissance d'une sentence étrangère (article V. 1 (a)), et non pas au moment d'un contrôle préalable de cette clause. Tandis que les juges doivent respecter la règle matérielle de l'article II de la Convention de New York, à tout moment, afin de statuer sur la validité formelle de la clause compromissoire, l'article V s'applique uniquement lors d'un conflit de lois soulevé devant les juges étatiques saisis d'une demande de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale.

³⁹³ Jugement du 21 mars 1995, XXII *Y.B. Comm. Arb.*, 1997, p. 800, 804-05 (Swiss Federal Tribunal), Jugement de 3 fév. 1990, XVII *Y.B. Comm. Arb.*, 1992, p. 542-543 (Corte di Appello di Genova).

³⁹⁴ A. J. VAN DEN BERG, *The New York Convention of 1958, Towards a uniform judicial interpretation*, Antwerp, Kluwer Law and Taxation, 1981, p. 127.

³⁹⁵ G. BORN, *op. cit.*, p. 462, A. J. VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 286 : "The Convention's provision must be deemed to be interrelated as the underlying purpose is to attain as much uniformity as possible in the legal regime governing international commercial arbitration; in principle the convention's text must be considered to constitute a whole". V. aussi dans le même ouvrage: p. 126-128, p. 291-295. Aussi, J. ROBERT, *L'arbitrage, Droit interne, droit international privé*, 5^e éd., 1983, p. 280, J. LEW, L. MISTELIS, S. KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer International Law, 2003, § 6-32, § 6-55.

³⁹⁶ P. BERNARDINI, "Arbitration clauses: achieving effectiveness in the law applicable to the arbitration clause", in A. J. VAN DEN BERG (ed), *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards; 40 years of application of the New York Convention*, ICCA Congress Series 1998, N° 9, Kluwer Law International 1999, p. 197 (200), G. BORN, *op. cit.*, p. 461-462, réf. ns° 252, 253, St. KOUSSOULIS, *To dikairo της διατηρίας [Le droit de l'arbitrage]*, Athènes, Sakkoulas, 2006, p. 26.

Cette position s'appuie principalement sur deux arguments : a) l'absence de texte spécifique dans la Convention sur le contrôle de la convention d'arbitrage lors d'un examen préalable à celle-ci, et b) sur l'argument que le juge étatique devrait se fonder sur son propre droit (*lex fori*) afin de rechercher la validité de la clause d'arbitrage, sachant qu'une clause arbitrale valable lui enlève sa propre compétence. Ce dernier argument n'a pas échappé au débat précité, celui relatif à la nature juridique de la clause d'arbitrage. À la lumière de la théorie qui soutient le caractère procédural de la clause d'arbitrage, sa validité à un stade préalable est soumise à la *lex fori*. Ceci permet au juge de statuer sur sa compétence ou incompétence à trancher le litige³⁹⁷. Le droit national du juge saisi devrait pouvoir appliquer ses propres critères qui déterminent, *in fine*, la compétence du juge national.

B. La règle de conflit de la Convention de New York applicable par les juges grecs et anglais

116. – Dans le prolongement de cette position doctrinale, la Cour d'appel du Pirée, dans l'arrêt 475 / 2005³⁹⁸, en examinant la validité de la convention d'arbitrage insérée dans une charte-partie, à un stade préalable à la constitution du tribunal arbitral, a appliqué la règle du droit international privé du régime général. Ainsi, en application de l'article 25 C. civ. grec, elle a jugé que le droit applicable à la convention était celui que les parties avaient expressément choisi, et, à défaut, le droit le plus approprié selon les indices spécifiques du litige³⁹⁹. En l'espèce, les parties avaient choisi la loi anglaise applicable au fond du litige. Les juges ont estimé que cette loi devait donc être également appliquée à la convention d'arbitrage. Par ailleurs, l'arrêt fait aussi référence à l'article 11 C. civ. grec afin de rechercher les

³⁹⁷ A. FOUSTOUCOS, « Προϋποθέσεις κύρους της διαιτητικής συμφωνίας στη διεθνή εμπορική διαιτησία » [« Conditions de validité de la convention d'arbitrage dans l'arbitrage commercial international »], *Νομ. Β.* 1988 (36), p. 1370, A. FOUSTOUCOS, *Διαιτησία (Μελέτες, Άρθρα, Παρεμβάσεις) [Arbitrage (Etudes, Articles, Interventions)]*, Athènes – Komotini, Sakkoulas, 2000, p. 111-131, A. MANTAKOY A., *Η κατάρτιση της συμφωνίας διαιτησίας στη διεθνή συναλλαγή [La formation de la convention d'arbitrage dans les transactions internationales]*, Sakkoulas, 1998, p. 111, § 77, K. KERAMEUS K., St. KOUSSOULIS, « Εφαρμοστέο δίκαιο στη σύμβαση διαιτησίας », [« Droit applicable et la convention d'arbitrage »], *ΔΕΕ* 2006, t. 1, p. 25 (26 et 27), A. TSAVDARIDIS, « Η αντιμετώπιση των διαιτητικών ρητρών ενσωματώσεως εξ επόμεως ιδιωτικού διεθνούς δικαίου » [« Les clauses d'arbitrage par référence du point de vue du droit international privé »], *Ε.Εμπ.Α.* 2007, p. 205 (208).

³⁹⁸ Cf. *ΔΕΕ* 2006, p. 78.

³⁹⁹ Art. 25 C. civ. grec « *Les obligations contractuelles sont régies par le droit auquel les parties se sont soumises. A défaut, est applicable le droit approprié au contrat, d'après l'ensemble des circonstances particulières.* » [Pour la traduction du code civil grec en français, v. Code civil hellénique, Publications de l'Institut hellénique de droit international et étranger, Ed. Ant. N. Sakkoulas, Athènes-Komotini, 2000.]

conditions de forme de la clause d'arbitrage⁴⁰⁰. Or, le recours à cet article, issu du régime général du droit international privé, méconnaît également l'application de la Convention de New York qui contient précisément une règle matérielle à l'égard de la validité formelle de la convention d'arbitrage (Art. II).

Les dangers de cette fragmentation du régime applicable à la clause d'arbitrage ont provoqué la réaction de la doctrine grecque⁴⁰¹ qui a finalement contribué au revirement de la jurisprudence en la matière⁴⁰².

117. – Nous relevons toutefois que le juge anglais ne suit pas forcément ce raisonnement dans sa recherche de la validité de la clause compromissoire. Dans l'affaire *Welex v Rosa Maritime Ltd*⁴⁰³, le juge anglais devrait se prononcer sur l'inopposabilité d'une convention d'arbitrage par référence au porteur du connaissance. En l'espèce, il a été soutenu qu'en application du droit anglais, l'incorporation de la clause au contrat de transport n'était pas effective lorsque la référence renvoyait à un échange de documents qui ne constituait pas, selon le droit anglais, une « charte-partie » valable.

Le juge débute son analyse en admettant que le droit applicable à l'incorporation de la clause compromissoire, à savoir la question de la validité de la clause, est le droit anglais. Il précise que cette présomption est basée sur l'application du Règlement 593/2008 du 17 juin 2008 (« Rome I »), incorporé dans le droit positif anglais⁴⁰⁴, qui prévoit la priorité au droit expressément choisi par les parties. Étant donné que la

⁴⁰⁰ Art. 11 C. civ. grec « L'acte juridique est valable quant à la forme, s'il est conforme soit au droit qui en régit le contenu, soit au droit du lieu où il est accompli, soit au droit national de toutes les parties. »

⁴⁰¹ St. KOUSSOULIS, *To dikairo tis diaitias* [Le droit de l'arbitrage], Athènes, Sakkoulas, 2006, p. 25 et suiv., V. STAMATOPOULOS, « Η αυτονομία της σύμβασης διαιτησίας » [L'autonomie de la convention d'arbitrage], *Dike international* 2008, p. 1196 (1198), A. MANTAKOU A., *Η κατάρτιση της συμφωνίας διαιτησίας στη διεθνή συναλλαγή* [La formation de la convention d'arbitrage dans les transactions internationales], Sakkoulas, 1998, p. 117, §82.

⁴⁰² D. SCHRAMM, E. GEISINGER, Ph. PINSOLLE, "Article II", in KRONKE H. et al. (Dir.), *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: A global commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, p. 36 (55). Une dérogation de cette solution peut être cependant acceptée dans le cas où les parties n'ont pas indiqué ni le droit applicable à la clause ni le siège de l'arbitrage. Dans ces cas figure, la doctrine propose deux alternatives afin de résoudre la question du droit applicable à la validité de la clause, lors d'un contrôle préalable du juge étatique, à savoir, soit l'application des règles de conflits du juge saisi, soit l'application du droit qui régit le contrat principal. Cf. A. J. VAN DEN BERG, *The New York Convention of 1958, Towards a uniform judicial interpretation*, Antwerp, Kluwer Law and Taxation, 1981, p. 127.

⁴⁰³ *Welex AG v Rosa Maritime Ltd (The Epsilon Rosa)* (N° 1), [2002] EWHC 762 (Comm.) et 2033 (Comm.), [2002] 1 All E. R. (Comm.) p. 939, [2002] 2 *Lloyd's Rep.* p. 81, 2002 WL 498893, *Y.B. Com. Arb.* XXX 2005, p. 633.

clause insérée dans la charte-partie désignait Londres comme lieu d'arbitrage et le droit anglais applicable au contrat principal (à savoir le contrat d'affrètement), le juge a décidé d'appliquer ladite loi afin de répondre à la question de l'incorporation de la clause, car, selon son raisonnement, si l'incorporation était valable, le droit anglais s'appliquerait également à la clause d'arbitrage.

Les objections exprimées par rapport à ce raisonnement portent, à la fois, sur l'application d'une règle de conflit qui exclut expressément de son champ d'application les conventions d'arbitrage⁴⁰⁵, et sur la méconnaissance de la règle spécifiquement applicable aux conventions d'arbitrage. Il faut admettre que le résultat ne serait pas différent dans le fond, car la Convention de New York privilégie le choix exprès des parties, en l'espèce, et à défaut de choix exprès, l'interprétation du silence des parties conduirait vraisemblablement au choix du droit choisi pour régir le contrat au fond, par conséquent le droit anglais. Toutefois, l'intérêt de cette objection aurait été d'autant plus marqué si aucun indice ne permettait pas de déduire avec certitude le choix des parties quant à la loi applicable à la clause compromissoire.

118. – Contrairement aux systèmes juridiques anglais et grec, le juge français n'applique pas la règle de conflits de la Convention de New York à la validité de la convention d'arbitrage⁴⁰⁶. La théorie de l'autonomie de la clause d'arbitrage, dans cet ordre juridique, est allée assez loin en introduisant une règle matérielle. La méthode de la règle matérielle d'origine jurisprudentielle fera l'objet d'une présentation brève par la suite.

⁴⁰⁴ Jugement de la *High Court*, 14 oct. 2002, [2002] EWHC 2033 (Comm) points 1 : “*However, this conclusion was premised on the assumption that English law was applicable to the issue by virtue of Article 8(1) of the Rome Convention as enacted in the Contracts (Applicable Law) Act 1990.*”

⁴⁰⁵ Art. 1.2 (d) du Règlement Rome I. Cf. D. ALTARAS, “Case of laws, incorporation and stay: *Welex Ag v Rosa Maritime Ltd (The Epsilon Rosa)* (No 1) & (No 2)”, *Arbitration* 2003, p. 67 (68), M. OZDEL, “Presumptions on the law governing the incorporation of forum selection clauses: should the putative applicable law lead the way?”, *JBL* 2011, vol. 4, p. 357 (365), l'auteur critique l'application du Règlement Rome I, car la matière de l'arbitrage est exclue de son champ d'application, et il propose de recourir aux règles de conflits du *Common law* qui permettrait d'arriver à la même solution (cf. l'application du droit anglais à la question de l'incorporation de la clause d'arbitrage figurant dans l'échange des documents, en prenant compte qu'il s'agit dans tous les cas du droit applicable au contrat principal). L'absence de toute référence à l'*Arbitration Act* ne cesse de nous surprendre.

⁴⁰⁶ L'article V.1.(a) de la Convention de New York n'a pas été repris par le législateur français. En droit français, la sentence arbitrale peut être affectée si (entre autres) « *le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent, [...]* », (Art. 1520, n° 1 CPC français). Aucune prévision spécifique n'existe quant aux conditions de validité de la clause d'arbitrage.

§2. La méthode des règles matérielles du juge français

119. – La règle de conflit et les conditions de validité insérées dans la Convention de New York sont considérées comme les prévisions les plus strictes qu'un État contractant puisse imposer en la matière⁴⁰⁷. Rien n'empêche, au contraire, un ordre juridique d'adopter un cadre réglementaire moins strict et plus libéral que celui établi par la Convention de New York⁴⁰⁸. Profitant de cette « marge de liberté », la jurisprudence française a franchi un pas supplémentaire en consacrant la méthode de la règle matérielle⁴⁰⁹ afin de déterminer l'existence et la validité de la clause d'arbitrage, indépendamment de toute loi étatique.

Ainsi, dans l'ordre juridique français, le principe d'autonomie a progressivement pris une autre dimension : la clause d'arbitrage est autonome par rapport au contrat principal et aussi par rapport à toute loi étatique⁴¹⁰ qui aurait été autrement applicable conformément aux règles de conflit. Le glissement de l'autonomie par rapport au contrat principal vers l'autonomie par rapport à toute loi étatique a ouvert la voie à la constatation que la loi applicable à la clause d'arbitrage peut être d'une origine normative différente de celle de la loi étatique⁴¹¹. Ainsi, la validité de la clause d'arbitrage est consacrée, non pas dans la loi indiquée par une règle de conflit, mais dans une règle matérielle d'origine jurisprudentielle. Ces règles détermineront les normes susceptibles de régir tous les aspects de la clause compromissoire en droit français.

120. – Concrètement, cela signifie que chaque fois que le juge français se prononce sur cette question, il appliquera une règle matérielle, « *quelle que soit la solution*

⁴⁰⁷ Un régime plus restrictif et moins favorable à l'arbitrage, appliqué par un Etat contractant à la Convention, serait considéré illégitime. Pourtant, la Convention laisse ouverte la possibilité pour un Etat d'introduire un droit plus favorable encore dans la matière. Le fameux article VII de la Convention est le fondement législatif qui permet à l'ordre juridique français de s'émanciper de la Convention pour adopter une législation plus favorable à l'arbitrage. V. dans ce sens : G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 536 et 541.

⁴⁰⁸ Art. VII § 1 CNY : « *Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoqué.* »

⁴⁰⁹ Ch. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage, Etude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Thèse Université Paris I, IRJS, 2011, p. 178, §232 et suiv.

⁴¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 1972, *Hecht c/ Société Buisman's, JDI (Clunet)* 1972, p. 843, note B. OPPETIT, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 82, note P. LEVEL, et déjà, Paris, 19 juin 1970, *JCP* 1971, II, 16 927, note B. GOLDMAN, *JDI (Clunet)* 1971, p. 833, note B. OPPETIT, *Rev. crit. DIP* 1971, p. 692, note P. LEVEL, *Rev. arb.* 1972, p. 62, note Ph. FOUCHARD.

⁴¹¹ V. *infra* n° 352 et suiv. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 233, § 419. Une série des décisions étatiques françaises détermine l'évolution de ce principe.

adoptée à cet égard par la loi étrangère éventuellement applicable à ce contrat et quelle que soit la nature que l'on reconnaît aux règles applicables à la convention d'arbitrage elle-même »⁴¹². La primauté accordée à la règle matérielle par l'ordre juridique français est justifiée lorsque les intérêts du commerce international sont remis en cause⁴¹³. C'est pour cela que cette méthode a été particulièrement utilisée dans le cadre de l'arbitrage international.

La consécration de cette règle est le résultat d'une longue jurisprudence⁴¹⁴. Dans le fameux arrêt *Hecht*, à partir du principe d'autonomie, la Cour a déduit « la validité de l'accord compromissoire sans aucune référence au droit qui le régit : la notion de loi de rattachement s'efface totalement »⁴¹⁵. La possibilité du dépeçage a été utilisée dans le but de préserver la validité de la convention en la soumettant à une loi différente de celle du contrat principal⁴¹⁶. En l'espèce, l'application de la loi choisie pour le contrat principal (loi française) invaliderait la convention d'arbitrage. Les juges ont, pratiquement, déduit que la volonté des parties n'est que la validité de la clause. Donc, afin de satisfaire leur souhait, les juges ont voulu appliquer une règle *in favorem validitatis* pour la clause. Le principe d'autonomie de la clause a justifié le choix de retenir l'application d'une règle la validant.

121. – Quelques années plus tard, les juridictions françaises se sont prononcées clairement sur ce sujet en adoptant une position emblématique en matière d'arbitrage international. En effet, selon elles, « en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique »⁴¹⁷.

⁴¹² *Ibid.*, p. 215, § 392, D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I, Partie générale*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2010, p. 585, n° 547.

⁴¹³ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *ibid.*, p. 589, § 550.

⁴¹⁴ Depuis l'arrêt *Hecht* (Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 1972, *JDI (Clunet)* 1972, p. 843, note B. OPPETIT, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 82, note P. LEVEL), le juge français s'est prononcé à plusieurs reprises, v. à titre d'exemple, Paris, 13 déc. 1975, Affaire (*Menicucci*), *JDI (Clunet)* 1977, p. 107, note E. LOQUIN, *Rev. arb.* 1977, p. 147, note Ph. FOUCHARD, *Rev. crit. DIP* 1976, p. 507.)

⁴¹⁵ B. OPPETIT, *JDI (Clunet)* 1971, p. 845, note sur l'arrêt Paris, 19 juill. 1970 (Affaire *Hecht*).

⁴¹⁶ Ch. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage, Etude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Thèse Université Paris I, IRJS, 2011, p. 208, § 271.

⁴¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 20 déc 1993, (*Dalico*), *JDI (Clunet)* 1994, p. 432, note E. GAILLARD, p. 690, note E. LOQUIN, *Rev. arb.* 1994, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663, note P. MAYER.

La doctrine, se prononçant sur la règle jurisprudentielle, souligne que « *l'autonomie par rapport au contrat principal justifie l'autonomie par rapport à la loi qui régit ce contrat et, ce qui allait moins de soi, l'autonomie par rapport à la loi susceptible d'être désignée par une règle de conflit* »⁴¹⁸. Cette interprétation du principe permet aux juges, saisis d'une question de validité ou d'existence de la convention d'arbitrage, de rechercher le droit applicable dans une règle matérielle confirmant, *a priori*, la « validité » de la clause. La doctrine reconnaît dans cette règle « *l'aboutissement ultime de l'autonomie* »⁴¹⁹.

122. – Toutefois, cette validité « *a priori* » de la clause d'arbitrage, découlant du raisonnement exposé ci-dessus, ne prétend pas déclarer chaque clause valable, ni remédier aux vices touchant les clauses d'arbitrage. Au contraire, la règle matérielle est perçue comme la méthode de détermination de la norme applicable à la clause. Cette dernière indiquera les conditions de validité directement applicables par le juge. Ainsi, plusieurs règles matérielles ont été énoncées par le juge français afin de résoudre plusieurs questions liées à la validité de la clause compromissoire.

Afin d'illustrer cette distinction, certes très délicate, il convient de prendre l'exemple de l'étendue de la clause compromissoire à l'égard des personnes tierces non signataires. Cette question n'est pas forcément liée à la validité de la clause d'arbitrage ni au champ *ratione personae* d'une clause qui demeure, par ailleurs, valable. Elle soulève la question du consentement réel de ces personnes, et plus précisément de la preuve du consentement des parties impliquées dans l'opération, afin de constater leur engagement par une clause en soi valable⁴²⁰. Telle est la question qui se posera dans notre étude, lorsque nous essayerons d'établir les conditions d'engagement du destinataire des marchandises par la clause compromissoire insérée dans un contrat. Cette clause, valablement conclue entre les

⁴¹⁸ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 232, § 418.

⁴¹⁹ J.- P. ANCEL, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », in *Travaux du comité français D.I.P. 1991-1992*, Ed. Pédone, Paris, 1994, p. 75 (77).

⁴²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1991, *Rev. arb.* 1991, p. 453, note P. MAYER, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 249, § 440.

parties initiales audit contrat, soulève des questions relatives à ses effets juridiques à l'égard du destinataire qui participe ultérieurement à l'opération du transport maritime.

Il est évident que la réponse à la question de la preuve du consentement ne se trouve pas directement dans la règle matérielle de l'affaire *Dalico* qui, en réalité, ne fait qu'établir le principe d'autonomie comme une autonomie de la validité de la clause par rapport à toute loi étatique. Toutefois, les conditions de la preuve du consentement peuvent être consacrées par une autre règle matérielle se prononçant spécifiquement sur ce point. Ainsi, l'ordre juridique français introduit la méthode matérielle d'origine jurisprudentielle en tant que méthode de détermination des conditions applicables en matière d'arbitrage international. Par conséquent, afin de répondre à la question de l'engagement du destinataire, il convient de rechercher l'existence, ou pas, d'une règle matérielle qui édicte les conditions de son engagement.

123. – Les normes définies par la méthode de chacun des ordres juridiques en question, s'appliquent afin de déterminer la validité de la convention d'arbitrage devant les juges étatiques. Nous avons souligné que les normes applicables sont les mêmes à tous les stades de l'examen de la clause compromissoire. Toutefois, lorsque le contrôle de la clause compromissoire a lieu avant la constitution du tribunal arbitral, il prend la forme d'une vérification « préalable » afin de permettre au juge étatique de se prononcer sur sa propre compétence à trancher le litige ou sur la priorité des arbitres pour en statuer. Dans ce cas de figure, le degré du contrôle du juge peut être différent, conformément à l'interprétation réservée par son ordre juridique au principe de compétence-compétence.

§3. L'étendue du pouvoir du juge étatique lors d'un contrôle préalable de la convention d'arbitrage

A. La solution adoptée en matière d'arbitrage international

124. – Le juge saisi sur une demande concernant la validité de la clause compromissoire à titre préliminaire, avant que le tribunal arbitral ne rende une sentence arbitrale, est tenu par l'application du principe de compétence-

compétence⁴²¹. Ce principe indique que les arbitres ont priorité pour statuer sur leur propre compétence après avoir examiné au fond la validité de la clause d'arbitrage. La Convention de New York invite le juge étatique saisi d'un litige « *sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article [de renvoyer] les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une des parties, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou n'est pas susceptible d'être appliquée* » (Art. II.3). Suivant la même formulation, l'article 8 de la loi-type CNUDCI permet aux juridictions étatiques de soumettre un litige aux arbitres, à moins qu'elles ne constatent que la convention d'arbitrage est « *caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée* »⁴²².

125. – L'interprétation de la Convention de New York précitée nous permet de déduire que le juge, lors de cet examen préalable de la convention arbitrale, doit se prononcer en application des règles de conflit de l'article V ainsi que de la règle matérielle de l'article II. Il reste, cependant, à rechercher si, à ce stade, il y a lieu d'effectuer un contrôle approfondi de la clause compromissoire ou simplement un contrôle *prima facie*, privant le juge de la possibilité d'examiner tous les aspects de ladite clause.

Une « *interprétation constructive* »⁴²³ pourrait éclaircir la solution à retenir. L'article 8 de la loi-type CNUDCI est interprété comme invitant, pratiquement, les juridictions étatiques à effectuer un contrôle approfondi afin de statuer sur la validité de la clause⁴²⁴. Dans l'historique de la rédaction de la loi-type nous retrouvons des

⁴²¹ Il est nécessaire de faire la distinction entre le principe de compétence-compétence et le principe de l'autonomie. Bien qu'une partie de la doctrine, notamment au sein de la juridiction anglaise et grecque, estime encore que les deux principes ne sont appréhendés qu'ensemble, il est majoritairement admis que si ces deux principes « *entretiennent des rapports étroits et concourent à un même but, ils ne se recoupent que très partiellement.* » Cf. J.F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, LGDJ, 2002, p. 135, § 166, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 229, § 416, ainsi que p. 413, § 658, J.-B. RACINE, « La sentence d'incompétence », *Rev. arb.* 2010, p. 729.

⁴²² Loi-type CNUDCI, Article 8. « *Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal: 1. Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.* [2. ...]. »

⁴²³ A. DIMOLITSA, « Autonomie et Kompetenz-Kompetenz », *Rev. arb.* 1998, p. 305.

⁴²⁴ Fr. BACHAND, "Does article 8 of the Model Law call for full or prima facie review of the arbitral tribunal's jurisdiction?", *Arb. Int'l* 2006, vol. 22, n° 3, p. 463, A. SAMUEL, *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich, Schulthess, Publication de l'Institut Suisse de droit comparé, 1989, p. 190, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 880.

discussions sur le rejet de la proposition d'effectuer un contrôle *prima facie*, qui s'arrêterait au constat d'une nullité manifeste de la clause d'arbitrage⁴²⁵.

i. Les juges grec et anglais

126. – Au sein des juridictions grecques et anglaises, il est également admis que le contrôle étatique de la clause d'arbitrage, à ce stade de la procédure arbitrale, peut être assez étendu⁴²⁶. En droit anglais, il est spécifiquement prévu que, lorsqu'une partie conteste la validité de la clause arbitrale et refuse de participer à la procédure arbitrale⁴²⁷, un contrôle approfondi des moyens soulevés est acceptable, voire nécessaire⁴²⁸. Par ailleurs, dans des circonstances exceptionnelles, le droit anglais offre la possibilité à une partie de saisir le juge étatique afin de statuer à titre principal sur la validité de la clause d'arbitrage, malgré la constitution du tribunal arbitral. Dans ce cas de figure, la loi soumet ce droit à des conditions assez précises (voir l'article 32.2.b⁴²⁹). Lorsque le juge anglais est saisi dans un tel contexte bien défini, en parallèle avec le tribunal arbitral, il serait probablement opportun de se limiter à un contrôle *prima facie*⁴³⁰. Or, ni le texte législatif, ni la jurisprudence anglaise ne le prévoient expressément. Au contraire, il apparaît que les juridictions

⁴²⁵ Cette proposition issue des certains groupes des travaux de la loi-type a été rejetée dans un souci de préserver le pouvoir du juge étatique. Cf. G. BORN, *ibid.*, p. 882 – 883 (réf. n° 164).

⁴²⁶ L'article de la loi-type a été repris par l'article 8 de la loi grecque 2735 / 1999 régissant l'arbitrage international, ainsi que l'article 9 (4) de l'*Arbitration Act* de 1996 ("On an application under this section the court shall grant a stay unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed"). Pour une traduction de la loi anglaise: *Rev. arb.* 1997, p. 93 et suiv. : Article 9 (4) : « La juridiction saisie d'une demande [de dessaisissement] en application du présent article se déclare incompétente à moins qu'elle ne constate que la convention d'arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. »

⁴²⁷ Cf. P. AEBERLI, "Jurisdictional disputes under the Arbitration Act 1996: a procedural route map", *Arb. Int'l* 2005, vol. 21, n° 3, p. 253, R. MERKIN, L. FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, 4th ed., London, Informa, 2008, p. 41, D. J. SUTTON, J. GILL, M. GEARING, *Russell on arbitration*, 23^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2007, § 7-143, p. 413 suiv., C. AMBROSE, K. MAXWELL, *London maritime arbitration*, London, LLP, 1996, p. 55 et suiv., *Ahmad Al-Naimi Agency v Islamic Press CA*, [2000] 1 *Lloyd's L.R.* p. 522 (524), *Inco Europe (HL)*, [2000] 1 *Lloyd's L.R.* p. 467, A. DIMOLITSA, « Autonomie et Kompetenz-Kompetenz », *Rev. arb.* 1998, p. 305, KOUSSOULIS, *To dikairo tis diaitiasias [Le droit de l'arbitrage]*, Athènes, Sakkoulas, 2006, p. 53, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 422, § 675, G. BORN, *op. cit.*, p. 960.

⁴²⁸ Fr. BACHAND, "Does article 8 of the Model Law call for full or prima facie review of the arbitral tribunal's jurisdiction?", *Arb. Int'l* 2006, vol. 22, n° 3, p. 463 (469), M. DASSULE, « Le contrôle de la compétence arbitrale par le juge anglais avant la sentence », *Rev. arb.* 2003, p. 65.

⁴²⁹ Article 32 *Arbitration Act* 1996 : « 1) Le juge, saisi à la diligence de l'une ou l'autre partie à l'instance arbitrale (moyennant notification aux autres parties), peut statuer sur une exception relative à la compétence du tribunal arbitral, sous réserve qu'il n'y ait pas forclusion (v. l'article 73). 2) Le juge ne donne suite à la demande que : a) si elle a été présentée avec le consentement écrit de toutes les autres parties à l'instance ; ou b) si elle a été autorisée par le tribunal arbitral, et si le juge constate à la fois : (i) qu'une décision de sa part est susceptible d'économiser des frais substantiels ; (ii) que la demande a été introduite sans délai ; (iii) qu'il existe un motif valable pour que la contestation soit tranchée judiciairement. [...] »

⁴³⁰ Fr. BACHAND, *op. cit.*, p. 463 (468, 469).

anglaises procèdent à un contrôle au fond, à chaque occasion d'examen à titre principal de la clause d'arbitrage⁴³¹.

127. – Cependant, la doctrine grecque⁴³² a reconnu un cas dans lequel le juge peut se prononcer *prima facie* sur la validité de la clause d'arbitrage : il s'agit du cas où le juge étatique est saisi afin de faciliter le déroulement de la procédure arbitrale en désignant un arbitre (par exemple, pour la partie défenderesse qui ne participe pas volontairement à la procédure, conformément à l'art. 878 CPC grec – équivalent de l'article 1451 § 3 CPC français). Dans ce cas, il est admis qu'un contrôle approfondi n'est pas nécessaire lorsque le rôle du juge d'appui n'est pas déterminant pour la validité de la clause d'arbitrage. Cette question peut toujours faire l'objet d'un contrôle approfondi par les arbitres et, le cas échéant, par le juge d'annulation ou de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale.

ii. Le juge français

128. – Au contraire, le juge français, restant fidèle à une ligne très libérale et favorable⁴³³ à l'arbitrage international, est censé se déclarer incompétent pour statuer sur la question, sauf si la clause est manifestement nulle ou inapplicable. Il s'agit du contrôle *prima facie* de la convention d'arbitrage. Lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, le juge se voit lié par la disposition de l'article 1448 CPC⁴³⁴ qui lui permet d'effectuer uniquement un contrôle *prima facie* (à savoir un contrôle très réduit) de la convention d'arbitrage. Toutefois, si le tribunal est déjà constitué, aucun examen relatif à la validité ou la portée de la convention d'arbitrage n'est permis au juge français, en tel examen étant par priorité réservé au tribunal arbitral. Il s'agit de

⁴³¹ M. DASSULE, *op. cit.*, p. 76, *ABB Lummus Global Ltd v Keppel Fels Lts*, [1999] 2 *Lloyd's L.R.* p. 24, *Vale de Rio Doce Navegação S.A. and another v Shanghai Bao Steel Ltd and another*, [2000] 2 *Lloyd's L. R.* p. 1.

⁴³² A. DIMOLITSA, « Autonomie et Kompetenz-Kompetenz », *Rev. arb.* 1998, p. 305, St. KOUSSOULIS, *To δίκαιο της διαιτησίας [Le droit de l'arbitrage]*, Athènes, Sakkoulas, 2006, p. 53.

⁴³³ Ph. LÉBOULANGER, "The arbitration agreement: still autonomous?", in A. J. VAN DEN BERG (ed), *International arbitration 2006: Back to basics?*, ICCA Congress Series 2006, N° 13, Kluwer Law International 2007, p. 3, E. GAILLARD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 2001, *Navire Tag Hauer*, *Rev. arb.* 2001, p. 529 (533), note E. GAILLARD, *DMF* 2002, p. 115, obs. Ph. DELEBECQUE, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, 1996, p. 423, § 678.

⁴³⁴ Article 1448 CPC français : « *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement inapplicable.*

La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.

Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite. »

la consécration de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, attribuant une priorité réelle aux arbitres pour se prononcer sur leur propre compétence⁴³⁵.

L'examen *prima facie* de l'existence et de la validité de la clause d'arbitrage prend la forme d'un contrôle qui s'étend jusqu'à la constatation de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause, sans aller plus loin en examinant la clause au fond⁴³⁶. Une série d'arrêts démontre que cette disposition s'applique en matière d'arbitrage international. La notion de « nullité manifeste » est entendue de manière étroite. Il s'agit « d'une nullité évidente, incontestable, qu'aucune argumentation sérieuse n'est en mesure de mettre en doute »⁴³⁷. Ainsi, la jurisprudence en matière d'arbitrage international précitée retient, de manière générale, comme clause manifestement nulle, celle qui ne représente aucun lien et aucun rapport avec le litige, pour lequel le juge est saisi⁴³⁸.

129. – Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un contrôle approfondi des juges anglais et grec ou d'un contrôle *prima facie* du juge français, il y a une limite importante au pouvoir du juge lors de l'examen préalable de la clause compromissoire. Le juge saisi doit laisser aux arbitres le soin de dire si le litige rentre dans le champ d'application de la clause compromissoire invoquée.⁴³⁹ L'interprétation de la clause et l'examen de son ampleur (à savoir la question de l'extension de la clause compromissoire à des contrats liés ainsi que l'identité des parties unies à cette convention) ne rentrent pas dans le pouvoir d'appréciation d'aucun juge à ce stade préalable. Autrement dit, le juge doit vérifier l'existence apparente de la clause.

⁴³⁵ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien - Lextenso éditions, 2013, p. 189, Cass. 1^{ère} civ., 5 janv. 1999, *Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. FOUCHARD, A. DIMOLITSA, « Autonomie et Kompetenz-Kompetenz », *Rev. arb.* 1998, p. 305 (333), Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 1999, *Rev. arb.* 2000, p. 96 (1^{ère} esp.), note Ph. FOUCHARD, *RDAL* 2000, p. 506, obs. Ch. IMHOOS, Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 2001, *Navire Tag Hauer*, *Rev. arb.* 2001, p. 529 (533), note E. GAILLARD, *DMF* 2002, p. 115, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁴³⁶ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 422, § 672.

⁴³⁷ Ph. FOUCHARD, « La coopération du Président du Tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.* 1985, p. 5.

⁴³⁸ Ph. FOUCHARD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 1999, *Rev. arb.* 2000, p. 96 (102). Aussi, à titre d'exemple, une autre raison, souvent retenue par les juges français pour prononcer leur compétence au détriment de celle du tribunal arbitral, est la non-arbitrabilité du litige. Cf. Paris, 7 déc. 1994, *Rev. arb.* 1996, p. 245, note Ch. JARROSSON, *RTD com.* 1995, p. 401, obs. J.- C. DUBARRY, E. LOQUIN, maintenu par Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1997, *Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. GAILLARD, Cass. 1^{ère} civ., 5 janv. 1999, *Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. FOUCHARD.

⁴³⁹ Ph. FOUCHARD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 1999, *Rev. arb.* 2000, p. 96 (102), G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 887.

B. Le juge français en matière d'arbitrage maritime

130. – Cette règle de l'arbitrage international est fortement contestée en matière des contrats maritimes. L'application du principe de compétence-compétence n'est pas toujours strictement suivie par la jurisprudence française dans ce domaine d'arbitrage. Dans la pratique, il semble difficile de se prononcer sur la validité de la clause compromissoire et d'éviter de trancher la question de son extension *ratione personae*. Relevant, notamment, les décisions rendues sur l'efficacité de la clause compromissoire insérée dans un connaissance de charte-partie, les juges étatiques qui se sont prononcés en la matière, n'ont pas manqué de motiver leurs décisions en déterminant aussi les conditions d'opposabilité de celle-ci aux destinataires de marchandises, présumés tiers. Toutefois, cette pratique ne semble pas être en conformité avec le principe compétence-compétence, tel que l'ordre juridique français l'a appliqué⁴⁴⁰.

131. – Dans le système juridique français, l'effet négatif du principe de compétence-compétence protège le pouvoir prioritaire des arbitres pour se prononcer sur l'efficacité de la clause, sur la base de son existence et de sa validité « évidente »⁴⁴¹. Plusieurs arrêts⁴⁴² témoignent d'une discussion vive sur la possibilité de « définir les limites de l'évidence »⁴⁴³ pour le juge français. Or, la difficulté pour le juge français est d'établir l'existence « apparente » d'une clause compromissoire par référence dans une charte-partie, sans effectuer un examen approfondi à ce stade du litige.

⁴⁴⁰ Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien - Lextenso éditions, 2013, p. 190 et suiv. Au contraire, pour les juges anglais et grecs effectuant un contrôle *prima facie*, il est difficile de se limiter à l'examen de l'existence de la clause sans se prononcer sur les conditions de sa validité et de son opposabilité. En effet, les limites entre le contrôle *prima facie*, certes, mais, approfondi de la clause compromissoire et l'abstention de la possibilité de déterminer son extension à l'égard des tiers ne sont pas toujours clairement définies. Ainsi, la pratique de motiver les décisions étatiques tout en établissant des conditions de validité de la clause compromissoire contestée ne paraît pas être proscrite par la jurisprudence grecque et anglaise.

⁴⁴¹ E. GAILLARD, « Effet négatif de la compétence-compétence », in *Etudes de procédures et d'arbitrage en l'honneur de J.- F. Poudret*, Lausanne, Publ. Univ. Lausanne, 1999, p. 387, Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien - Lextenso éditions, 2013, p. 191, M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Thèse Université d'Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M., 2013.

⁴⁴² Cass. com. 21 fév. 2006, *Navire Pella*, *JDI (Clunet)* 2006, p. 622, note C. LEGROS, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 606, F. JAULT-SESEKE, *BTL* 2006, n° 3119, p. 147, *Rev. arb.* 2006, p. 943, *DMF* 2006, p. 379, obs. Ph. DELEBECQUE, *DMF* 2006, Hors Série, n°10, p. 17 (18, 19), obs. P. BONASSIES, Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 2006, *Navire Turicia*, *Rev. arb.* 2006, p. 977, note O. CACHARD, Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 2006, *Andhika Lines*, n° 03-19838, *Rev. arb.* 2006, p. 979, note O. CACHARD.

⁴⁴³ O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 2006, p. 893 (894).

Le principe de l'économie des moyens veille à ce que l'examen de « l'évidence » évite que le débat sur la validité de la clause prenne une ampleur importante devant le juge étatique. En pratique, le caractère sommaire du contrôle est une condition de mise en œuvre du principe de la validité de la clause et du principe de compétence-compétence. La Cour de cassation se prononce sur l'interaction de ces deux principes, en disposant que : « *la combinaison du principe de validité de la clause compromissoire et du principe de compétence-compétence interdit par voie de conséquence au juge étatique français de procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage, et ce quel que soit le lieu où le siège du tribunal arbitral, la seule limite dans laquelle le juge peut examiner la clause d'arbitrage avant qu'il ne soit amené à en contrôler l'existence ou la validité, dans le cadre d'un recours contre la sentence, étant celle de sa nullité ou de son inapplicabilité manifeste* »⁴⁴⁴.

i. Les objections doctrinales

132. – C'est ce développement considérable du principe de compétence-compétence, pris en compte par le droit français qui a provoqué la contestation de la doctrine maritimiste⁴⁴⁵. À l'occasion de plusieurs décisions rendues en matière d'arbitrage maritime, une partie de la doctrine s'est opposée à l'effet négatif du principe en question, envisagé comme l'application d'un principe qui « enlève » le pouvoir constitutionnel du juge étatique de se prononcer sur sa propre compétence, afin d'accorder ce même droit aux arbitres. L'hostilité exprimée à l'encontre de ce principe, surtout dans son « aspect négatif », est due au fait que son application remet en cause la mission même du juge⁴⁴⁶. Il est soutenu que le juge doit protéger l'ordre

⁴⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006, *Navire Tag Heuer*, *Rev. arb.* 2006, p. 945, note E. GAILLARD, *JDI (Clunet)* 2006, p. 1384, note A. MOURRE. V. dans ce sens : Ph. DELEBECQUE, « L'opposabilité d'une clause d'arbitrage à l'épreuve de la Convention de New York » obs. sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, *Navire Régine*, *DMF* 2007, n. 681, p. 404 (: « *Mais attendu que la Convention de New York réserve l'application d'un droit interne plus favorable pour la reconnaissance de la validité de la convention d'arbitrage, [...] ; [...], le combinaison des principes de la validité de la clause d'arbitrage international et de compétence-compétence interdit au juge étatique de statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la clause d'arbitrage avant que l'arbitre ne se soit prononcé sur ce point, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause.* » En l'espèce, le chargeur a eu connaissance du contrat qui était présumé être inséré dans une *booking note*, par la voie d'une télécopie et soutenait que la télécopie ne se référait pas expressément à la clause d'arbitrage insérée dans le *booking note*. Cf. également O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *op. cit.*, p. 893 (908).

⁴⁴⁵ P. BONASSIES, « Institutions judiciaires, Arbitrage, Principe compétence-compétence » in « Le droit positif français en 2007 », *DMF* 2008, Hors Série, p. 44.

⁴⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Navire Lindos*, *DMF* 2006, p.16 (23), obs. P. BONASSIES, Cass. com. 21 fév. 2006, *Navire Pella*, *JDI (Clunet)* 2006, p. 622, note C. LEGROS, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 606, F. JAULT-SESEKE, *BTL* 2006, n° 3119, p.

public de toute atteinte et veiller à l'application des dispositions de contrats de transport maritime, tandis qu' « *il est loisible aux parties de soumettre les litiges nés d'un contrat de transport à l'arbitrage* »⁴⁴⁷.

Dans le même esprit, il a été affirmé que contester le pouvoir de l'arbitre ne s'apparente pas à remettre en cause le pouvoir du juge étatique. Il n'appartient pas aux arbitres de se prononcer sur leur compétence dès l'instant que celle-ci est discutée⁴⁴⁸. Laisser la priorité aux arbitres constitue un « *singulier renversement des choses* »⁴⁴⁹. La contestation de la lettre de la loi (article 1448 CPC français), ainsi que de l'interprétation du principe dans son aspect négatif, fut forte, au point de poser la question de la légalité constitutionnelle de l'article 1448 CPC⁴⁵⁰.

133. – Ainsi, les critiques affluèrent lorsque l'arrêt du 28 novembre 2006⁴⁵¹ reconnut la compétence des arbitres pour statuer sur la validité d'une convention d'arbitrage. Le juge étatique a renvoyé les parties devant le tribunal arbitral, considéré comme le seul compétent pour répondre aux moyens soulevés par le chargeur qui contestait sa propre acceptation de la clause compromissoire. Dans la même logique, la Cour de cassation, avec l'arrêt du 23 janvier 2007⁴⁵², a décidé que les contestations soulevées sur le champ d'application de la clause, en liaison avec le contrat litigieux, ne constituaient pas une nullité manifeste qui justifierait le prononcé de l'incompétence des arbitres.

Par contre, la doctrine hostile à l'effet négatif du principe de compétence-compétence a salué une exception importante soulignée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 11

147, *Rev. arb.* 2006, p. 943, *DMF* 2006, p. 379, obs. Ph. DELEBECQUE, *DMF* 2006, Hors Série, n°10, p. 17 (18, 19), obs. P. BONASSIES, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 808, § 1169.

⁴⁴⁷ P. BONASSIES, obs. sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Navire Lindos*, *DMF* 2006, p.16 (25).

⁴⁴⁸ Ph. DELEBECQUE, note sous Cass. com., 21 fév. 2006, *Navire Pella*, *DMF* 2006, p. 379 (386), n° 11.

⁴⁴⁹ P. BONASSIES, *DMF* 2006, Hors Série, n°10, p. 17 (18, 19), Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 2001, *Navire Tag Hauer*, *Rev. arb.* 2001, p. 529, note E. GAILLARD, *DMF* 2002, p. 115, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁴⁵⁰ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 809, § 1169. Le même auteur s'exprime contre l'aspect négatif du principe compétence-compétence également dans ses observations sous les arrêts suivants : Paris, 15 oct. 2008, *DMF* 2008, p. 103, obs. P. BONASSIES, Cass. com., 11 juill. 2006, *DMF* 2007, p. 398, obs. P. BONASSIES.

⁴⁵¹ M. REMOND-GUILLOUD, « L'inopposabilité d'une clause compromissoire ne permet pas d'échapper au principe compétence-compétence », note sur Cass. 1^{ère} civ., 28 nov. 2006, *DMF* 2007, p. 411.

juillet 2006⁴⁵³. En l'espèce, la Cour de cassation a estimé que l'existence des contradictions entre les clauses qui figuraient dans une *booking note* et les clauses insérées dans des connaissements émis par la suite, ont été constatées par une simple lecture et une comparaison entre les anciens textes et les documents plus récents. Ainsi, il a été jugé que la clause compromissoire qui figurait dans l'ancien document était manifestement inapplicable⁴⁵⁴.

133 *bis*. – Dans un arrêt récent de la Cour de cassation, de nouvelles limites au principe compétence-compétence ont été établies à l'occasion d'un litige touchant à des connaissements relatifs à un transport maritime⁴⁵⁵. En l'espèce, le transporteur maritime a soulevé une exception d'incompétence du tribunal étatique et a revendiqué le bénéfice d'une clause d'arbitrage insérée, selon ses allégations, dans les conditions générales du transport et rappelée au *verso* des connaissements émis à l'occasion dudit transport. Sur les documents produits au débat⁴⁵⁶, la Cour d'appel avait statué sur l'impossibilité de vérifier l'existence et le contenu de la clause d'arbitrage applicable au litige, mais elle avait néanmoins renvoyé les parties à l'arbitrage. La Cour de cassation s'est finalement prononcée qu'« *en statuant ainsi, sans tirer les conséquences légales de ses propres constatations, dont il résultait que l'existence même de la clause compromissoire dont il était revendiqué l'application n'était pas établie par les documents produits, la cour d'appel a violé le texte susvisé* [art. 1458 CPC].

⁴⁵² O. CACHARD, « Nouvelle application du principe 'compétence-compétence' en présence d'une exception d'incompétence soulevée face à une clause compromissoire », note sur Cass. 1^{ère} civ., 23 janv. 2007, *DMF* 2007, p. 415.

⁴⁵³ P. BONASSIES, « Des exceptions au principe de compétence-compétence, et de la question de la légalité de ce principe », note sur Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 2006, *DMF* 2007, p. 398, *Rev. arb.* 2006, p. 979, note O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire. »

⁴⁵⁴ Les autres cas de l'inapplicabilité manifeste, constatés à ce jour par la Cour de cassation : Cass. 1^{ère} civ., 27 avr. 2004, *Sté Bureau Veritas*, *Rev. arb.* 2004, p. 851, Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 2006, *Sté CSF c/ Sté Recape*, *Rev. arb.* 2006, p. 960, Cass. com., 13 juin 2006, *Sté Prodiem c/ Sté Gemodis*, *Rev. arb.* 2006, p. 955.

⁴⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 6 nov. 2013, n° 11-18709 : L'organisation d'un transport maritime, confiée à un commissionnaire de transport, a été prévue pour l'acheminement d'une machine des Pays-Bas jusqu'en Australie. Le transporteur (société française, filiale de la société anglaise) aurait dû effectuer le transport maritime. Toutefois, le commissionnaire de transport (société française) a assigné le transporteur devant le juge français en remboursement du fret maritime et des frais du transporteur aérien de substitution. Lors de la procédure judiciaire, s'est substituée aux droits du « transporteur » la société mère (siégeant en Angleterre) via ses assureurs. Cf. Ch. SCAPEL, « Le principe "compétence-compétence" limité », *DMF* 2014, p. 107, C. LE GALLOU, « Arbitrage : encore faut-il qu'il y ait une clause compromissoire », note sous l'arrêt, *RLDC* 2014, p. 16.

La doctrine maritimiste s'est, de nouveau, réjouie de cette approche qui a dérogé à la « *conception minimaliste de l'inapplicabilité manifeste de la jurisprudence française* »⁴⁵⁷ et a tiré les conséquences d'une clause « manifestement inapplicable », puisque ni son existence, ni son contenu n'ont pu être établis. Bien que le raisonnement de la Cour de cassation puisse nous sembler « logique », dans la mesure où est malvenu le fait de prétendre à l'existence d'une clause pour faire échec, ne serait-ce que provisoirement, à la compétence du juge, sur le fondement d'un document équivoque, cette solution s'accorde mal avec les autres règles applicables à l'arbitrage international⁴⁵⁸.

134. – L'arrêt précité a marqué une exception au principe de compétence-compétence dans un souci de protéger le commissionnaire de transport, face au transporteur, d'une clause d'arbitrage inexistante. Toutefois, dans d'autres cas de figure, développés ci-dessous, la réticence de la doctrine et de la jurisprudence maritimes de se conformer à la conception « minimaliste » de l'effet négatif de la convention d'arbitrage est mise en lumière à l'occasion de l'engagement du destinataire par une clause compromissoire par référence à une charte-partie. La position précitée⁴⁵⁹, estimant le juge étatique, comme seul capable de protéger le consentement réel du destinataire (en respectant les dispositions d'ordre public du transport maritime), a soutenu qu'une telle clause était manifestement nulle et inapplicable envers le destinataire, puisque son consentement n'était pas encore pleinement prouvé⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ Le demandeur de l'exception d'incompétence a produit une photocopie du recto du connaissance et un exemplaire des conditions générales du transport, en comportant, selon la Cour d'appel, « *aucun élément d'identification de son éditeur et de sa date.* »

⁴⁵⁷ Ch. SCAPEL, « Le principe "compétence-compétence" limité », *DMF* 2014, p. 107 (108).

⁴⁵⁸ Ch. SERAGLINI, « L'apparence d'une convention d'arbitrage, condition au jeu de l'effet négatif du principe de compétence-compétence », *JCP E* 2014, p. 39 : l'auteur souligne l'inconvénient de cette décision en évoquant la règle supprimant toute exigence de formalité pour la validité de la clause d'arbitrage. Or, il est difficile d'établir l'existence « apparente » d'une clause qui peut ne pas être écrite. Par ailleurs, les conditions générales versées au débat par la société anglaise étaient censées régir les relations contractuelles des parties, selon la partie qui les avait produites. Même si elle n'a pas pu établir l'application de ces stipulations contractuelles, une discussion aurait dû être soulevée devant le juge à cet égard. Ce débat aurait été suffisant pour exclure toute inapplicabilité manifeste de la clause y insérée, permettant ainsi de renvoyer l'affaire devant les arbitres. V. *infra* n° 136 et suiv.

⁴⁵⁹ P. BONASSIES, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Navire Lindos*, *DMF* 2006, p.16 (25), P. BONASSIES, *DMF* 2009, Hors Série, n° 13, p. 27.

⁴⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Navire Lindos*, *DMF* 2006, p.16, obs. P. BONASSIES, Cass. com. 21 fév. 2006, *Navire Pella*, *JDI (Clunet)* 2006, p. 622, note C. LEGROS, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 606, F. JAULT-SESEKE, *BTL* 2006, n° 3119, p. 147, *Rev. arb.* 2006, p. 943, *DMF* 2006, p. 379, obs. Ph. DELEBECQUE, *DMF* 2006, Hors Série, n°10, p. 17 (18, 19), obs.

La suggestion de reconnaître l'« inapplicabilité manifeste » d'une clause compromissoire est dictée pour protéger le destinataire d'un arbitrage arbitraire⁴⁶¹. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, la participation du destinataire à l'opération de transport maritime de marchandises n'est pas révélatrice de son consentement à la convention d'arbitrage. S'agissant de la troisième personne d'un contrat pratiquement formé entre deux autres opérateurs, des doutes subsistent par rapport à son engagement par une clause compromissoire dont la connaissance et l'acceptation ne sont pas pleinement établies.

135. – Dans la Deuxième Partie de notre étude, nous allons tenter de soutenir l'idée que l'engagement du destinataire est presque automatique dans cette relation contractuelle, au moins en ce qui concerne le droit français⁴⁶². Toutefois, nous considérons également que même si ces doutes persistent dans la perception jurisprudentielle et doctrinale maritimiste, ils justifient davantage la solution de respecter la priorité des arbitres de se prononcer eux-mêmes sur l'existence de cette clause. Il est évident qu'un examen *prima facie* réservé au juge étatique n'est pas suffisant pour résoudre cette question, et un examen approfondi des faits par les arbitres s'avère, à notre sens, nécessaire.

ii. L'appréciation critique de la doctrine hostile à l'effet négatif du principe compétence-compétence en matière de transport maritime de marchandises

136. – Notre objection est principalement fondée sur le fait que l'inapplicabilité ou la nullité de la clause compromissoire n'est pas « manifeste » lorsque le destinataire conteste la validité de la clause compromissoire à son égard. Les positions contradictoires adoptées par les décisions de la Cour de cassation sur ce sujet et

P. BONASSIES, E. LOQUIN, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD com.* 2006, p. 764.

⁴⁶¹ Les droits des parties faibles dans le contrat de transport maritime, que le législateur a entendu protéger « *risque[nt] d'être affectés par le simple jeu mécanique de la clause d'arbitrage.* » Cf. P. BONASSIES, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Navire Lindos*, *DMF* 2006, p.16 (25), P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010.

⁴⁶²V. *infra* n° 384.

l'existence même d'un débat en attestent⁴⁶³. La discussion doctrinale autour de ce sujet démontre que la validité ou la nullité de la clause à l'encontre du destinataire n'est pas évidente⁴⁶⁴. La réponse relative à l'engagement du destinataire par ladite clause suppose un examen au fond du contrat litigieux. Or, à ce stade de la procédure, le juge français, limité à un examen *prima facie*, ne devrait pas prononcer l'inapplicabilité « manifeste » de la clause dans le but de priver les arbitres de leur compétence de trancher le litige. Le seul fait de la discussion engagée, au sein de la jurisprudence et de la doctrine, témoigne que la solution à adopter concernant la validité de la clause est loin d'être « manifeste ». C'est pour cette raison que les arbitres sont en position plus appropriée pour la constater⁴⁶⁵.

137. – Il convient également de souligner que respecter la compétence des arbitres ne signifie en aucun cas écarter l'application des dispositions d'ordre public qui protègent les opérateurs dans le contrat de transport maritime (et notamment, le destinataire). Le juge étatique doit respecter la priorité chronologique accordée aux arbitres, puisqu'il aura toujours la possibilité de rétablir une injustice éventuellement commise par les arbitres, à un stade ultérieur⁴⁶⁶.

138. – L'application du principe de compétence-compétence, surtout dans son aspect négatif, est accusée d'avoir instauré l'« *impérialisme de l'arbitrage organisé par les juridictions judiciaires* »⁴⁶⁷. La doctrine maritime voit dans ces solutions retenues par le juge français une tendance à faire de l'arbitrage le mode normal de règlement des litiges entre tous les protagonistes du commerce international de tous les domaines

⁴⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Navire Lindos*, DMF 2006, p.16, obs. P. BONASSIES, Cass. com. 21 fév. 2006, *Navire Pella*, JDI (Clunet) 2006, p. 622, note C. LEGROS, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 606, F. JAULT-SESEKE, BTL 2006, n° 3119, p. 147, *Rev. arb.* 2006, p. 943, DMF 2006, p. 379, obs. Ph. DELEBECQUE, DMF 2006, Hors Série, n°10, p. 17 (18, 19), obs. P. BONASSIES. [Notre analyse v. *infra* Deuxième Partie.]

⁴⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ., 11 fév. 2009, *Rev. arb.* 2009, n° 1, p. 155, note F.-X. TRAIN : l'auteur conclut en affirmant que « *en croyant pouvoir démontrer, à tort ou à raison, que la convention d'arbitrage était caduque, la Cour d'appel ne démontre, en réalité, qu'une seule chose, c'est qu'elle n'était pas manifestement caduque, car ce qui est manifeste ou évident n'a pas besoin d'être démontré, mais seulement constaté.* » V. également : Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, BTL 2006, n° 3156, p. 763, Cass. 1^{ère} civ., 25 avril 2006, *Rev. arb.* 2008, p. 299, obs. L. KIFFER.

⁴⁶⁵ Par ailleurs, l'unification de la jurisprudence sur ce point litigieux (l'engagement du destinataire par une clause d'arbitrage insérée dans un connaissance de charte-partie) peut être obtenue par la stricte application de l'effet négatif du principe de compétence-compétence [O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 2006, p. 893 (905)].

⁴⁶⁶ A. DIMOLITSA, « Autonomie et "Kompetenz-Kompetenz" », *Rev. arb.* 1998, p. 305 (338).

⁴⁶⁷ S. SANA-CHAILLE DE NERE, « Clause compromissoire : la fin justifie les moyens », obs. sous l'arrêt Montpellier, 15 mai 2007, *Navire Stella Prima*, DMF 2007, p. 783 (790, réf. 16).

d'activité commerciale, en méconnaissant les autres principes du droit et surtout celui de l'effet relatif des contrats et le caractère contractuel de l'arbitrage⁴⁶⁸.

Nous considérons qu'il ne s'agit pas du cas où « *la fin justifie les moyens en matière d'arbitrage* »⁴⁶⁹. Nous avons démontré que le principe de compétence-compétence et la priorité du tribunal arbitral de trancher tout litige né entre les parties, concernant l'existence d'une convention d'arbitrage, sont justifiés par un raisonnement juridique propre à l'arbitrage. La recherche de la nullité et de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage doit être soumise aux règles de l'arbitrage international. Ainsi, à titre d'exemple, la convention n'est pas subordonnée à une forme écrite, en application de l'article 1507 CPC, et l'existence apparente lors d'un contrôle *prima facie* doit être établie en présence d'une convention orale⁴⁷⁰. Malgré la difficulté de concevoir que le juge français puisse rendre une telle décision, elle est pourtant dérivée directement de l'esprit des règles applicables en l'espèce. À moins de distinguer la « nullité » et l'« inapplicabilité » de l'« existence » de la clause compromissoire, idée déjà adoptée et écartée à propos de l'étendu du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage⁴⁷¹, le contrôle *prima facie* devrait rester assez restreint.

La reconnaissance de l'arbitrage comme un mode de règlement des litiges signifie la reconnaissance de ses principes fondamentaux qui constituent le cadre légal dans lequel cette institution déploie ses effets juridiques. À partir du moment où un ordre juridique reconnaît cette institution, en adoptant la législation propre à l'arbitrage, il paraît logique d'accepter aussi la construction légale qui l'encadre⁴⁷².

139. – Le principe de validité de la clause est une des raisons qui nous permet d'affirmer l'aspect positif du principe de compétence-compétence. Puisque la convention existe dans les apparences, conformément à la volonté des parties, elle

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 783 (789).

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 783 (788).

⁴⁷⁰ Ch. SERAGLINI, « L'apparence d'une convention d'arbitrage, condition au jeu de l'effet négatif du principe de compétence-compétence », *JCP E* 2014, p. 39.

⁴⁷¹ La position de priver une clause « inexistante » du principe d'autonomie a été fortement critiquée par la doctrine et la jurisprudence françaises, chose qui a conduit à éteindre les limites de ce principe de sorte à couvrir les clauses aussi présumées inexistantes, afin de permettre le recours à l'arbitrage. V. *infra* n° 101 et suiv. Sur cette observation, v. Ch. SERAGLINI, *op. cit.*.

entraîne des effets juridiques, à savoir, entre autres, la compétence des arbitres à l'examiner de près. Comment pourrait-on mieux respecter la suite de ce raisonnement, si ce n'est en reconnaissant également la priorité chronologique des arbitres de statuer, tout en délimitant le rôle des juges étatiques avant l'issue de la sentence arbitrale ? Le rôle discret attribué au juge étatique, avant le résultat final du travail des arbitres, n'est pas une question de « politesse », mais surtout un impératif pour le bon déroulement de l'arbitrage.

⁴⁷² V. aussi G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 576.

Conclusion du Chapitre I

139 *bis*. – La détermination du droit applicable à la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime de marchandises est simultanément subordonnée au principe d'autonomie et au principe de compétence-compétence. Le principe d'autonomie impose la séparation de la convention d'arbitrage du contrat principal et la soumission de cette dernière à un régime particulier. Interprété de manière différente au sein des ordres juridiques étudiés, ce principe a permis l'application de normes particulières aux conditions de validité. Une règle de conflit uniforme issue de la Convention de New York de 1958 est généralement appliquée par les juges anglais et grec, tandis que les juges français ont recours à une règle matérielle issue de leur propre jurisprudence. De surcroît, le principe de compétence-compétence permet à l'arbitre de se prononcer par priorité sur sa propre compétence, limitant, par conséquent, celle du juge saisi avant le prononcé de la sentence arbitrale, lequel ne peut effectuer qu'un contrôle léger de la convention d'arbitrage.

C'est à travers ces deux principes que la recherche des conditions d'efficacité de la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime doit avoir lieu. Toutefois, la jurisprudence en matière maritime témoigne d'une tendance dérogatoire aux principes applicables à la convention d'arbitrage. Ainsi, les juges n'hésitent pas à se prononcer sur la validité de la convention suite à un contrôle approfondi et sans nécessairement respecter la règle de conflit ou la règle matérielle applicable en l'espèce. La différence de traitement d'une convention insérée dans un connaissement de celle insérée dans un autre contrat commercial est d'autant plus manifeste au sein de la jurisprudence française. Cette dernière, ayant déjà adopté une position très libérale en matière d'arbitrage commercial, ne semble pas l'appliquer avec la même assiduité en matière d'arbitrage maritime.

Chapitre II. La méthode d'application des normes internationales à la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime de marchandises

140. – Après avoir analysé la méthode de détermination de la loi applicable à la clause d'arbitrage, il convient de présenter les normes internationales qui ont vocation à s'appliquer en l'espèce. L'examen de la compatibilité de ces normes s'impose tant du point de vue de la méthodologie du droit international privé (Section I) que de celui des solutions adoptées à l'égard de l'efficacité de la clause d'arbitrage (Section II).

Section I. L'articulation des normes d'un point de vue méthodologique

141. – Les Règles de Hambourg et les Règles de Rotterdam, contrairement aux Règles de la Haye-Visby, consacrent des dispositions concernant les clauses compromissoires spécifiquement insérées dans le contrat de transport maritime. Du point de vue de la méthodologie du droit international privé, l'articulation de ces Règles avec les dispositions de la Convention de New York soulève certaines questions qui méritent une analyse approfondie afin de déterminer les normes finalement applicables à la validité de la convention d'arbitrage.

§1. L'articulation avec les Règles de Hambourg

142. – Bien que les Règles de Hambourg ne soient pas en vigueur dans les pays que nous étudions⁴⁷³, leurs juges seront éventuellement confrontés à la question de leur application. Les Règles de Hambourg s'appliquent en tant que convention internationale à l'ordre juridique qui les a ratifiées et introduisent des règles matérielles aptes à régir la validité de la clause⁴⁷⁴. Toutefois, faute d'être ratifiées, elles sont traitées en tant que texte étranger susceptible de s'appliquer dans les cas

⁴⁷³ Nous avons mentionné que la France, le Royaume-Uni et le Grèce n'ont pas ratifié les Règles de Hambourg.

⁴⁷⁴ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I, Partie générale*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2010, p. 548, n° 543.

cités dans la suite de notre analyse⁴⁷⁵. Nous remarquerons que dans ce cadre, un conflit des normes pourrait survenir, notamment, face à l'application immédiate des dispositions d'ordre public du juge saisi et à l'application des Règles en tant que texte étranger⁴⁷⁶.

D'une part, les juges français, anglais ou grecs sont tenus d'appliquer au fond du litige le droit étranger choisi par les parties, ainsi que les Règles de Hambourg lorsqu'elles font partie de la législation étrangère^{477, 478}. D'autre part, ces règles peuvent aussi être appliquées en vertu d'une « clause *paramount* ». Cette clause permet aux parties de choisir l'application des Règles à titre de stipulations contractuelles, sans passer nécessairement par une loi étatique les intégrant⁴⁷⁹. Toutefois, il est admis que les Règles, en tant que stipulations contractuelles incorporées dans le contrat des parties, peuvent avoir force obligatoire dans la mesure où elles n'introduisent pas de solutions qui se heurteraient à l'ordre public international du juge saisi⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ P.-Y. NICOLAS, « Les conflits de Conventions internationales dans le transport maritime de marchandises », in *Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 265 (266), P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 622, § 912.

⁴⁷⁶ Il s'agit de lois revêtues d'une « impérativité » et qui, pour cette raison, sont applicables immédiatement aux relations internationales. La spécificité méthodologique de cette catégorie de lois a été invoquée par P. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leur rapport avec les règles de conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1 (13). Aujourd'hui, on parle d'une « semi-impérativité » de ces lois dites de « police » (ou « d'application immédiate ») en raison de l'influence de l'analyse économique des conflits de lois et de la liberté accordée aux particuliers pour faire prévaloir leurs intérêts économiques à l'égard des choix politiques étatiques. Pour une analyse plus approfondie, v. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I, Partie générale*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2010, p. 592, n° 552 ainsi que p. 597, n° 556, L. RADICATI DI BROZOLO, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaires », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 1, S. L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of laws*, Vol. II, 14th ed., London, Sweet & Maxwell, 2006, p.1589, § 32R-131.

⁴⁷⁷ Le champ d'application de ces Règles est assez large, ce qui permet de les appliquer aux litiges nés à l'occasion d'un transport au départ d'un pays non-signataire et à destination d'un pays signataire ; v. Art. 2 des Règles de Hambourg : « *La Convention s'applique soit lorsque le document de transport est émis dans un Etat contractant ; soit lorsque le port de chargement ou de déchargement est situé dans un Etat contractant ; ou encore dans le cas où elle est conventionnellement déclarée applicable.* »

⁴⁷⁸ Conformément aux règles du droit international privé, les juges sont tenus d'appliquer au fond du litige la loi étrangère lorsqu'elle a été choisie par les parties (à cet égard, Paris, 19 janv. 2006, *BTL* 2006, n° 3127, p. 281). Toutefois, cette constatation ne fait pas l'unanimité. En droit français, il était admis que le juge national avait le droit de ne pas appliquer ces Règles lorsqu'elles ne rentrent pas dans le système juridique national. Une décision contraire confirme cependant l'obligation du juge de prendre en considération les lois de police étrangères applicables au litige. Seule limite à cette application directe de lois de police étrangères : les intérêts défendus par les lois de polices du *for* du juge saisi (Cass. 16 mars 2010, *DMF* 2010, p. 389, note S. SANA-CHAILLE DE NERE, où la Cour a favorisé l'application de l'article 7§ 1 de la Convention de Rome I). Étant donné que les Règles de Hambourg imposent un régime obligatoire dans l'ordre juridique qui les a ratifiées, nous pourrions déduire que le juge étatique peut les faire appliquer directement, sauf si elles se heurtent à l'ordre public international du juge saisi.

⁴⁷⁹ J.-P. REMERY, « Remarques sur le droit applicable au contrat international de transport maritime de marchandises », in *Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 277 (286), P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 620, § 911, Cass. 28 mars 2002, *DMF* 2002, p. 613, rap. J-P REMERY, obs. P.-Y. NICOLAS.

⁴⁸⁰ J.-P. REMERY, « Remarques sur le droit applicable au contrat international de transport maritime de marchandises », in *Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 277 (289), J.-M. JACQUET, « L'incorporation de la loi dans le contrat », in *Travaux du comité français D.I.P. 1993-1994*, Ed. Pédone, Paris, 1996, p. 23 (30).

143. – Ainsi, il convient de présenter l’articulation des normes d’arbitrage international avec les dispositions sur l’arbitrage des Règles de Hambourg, contenues dans une loi étatique choisie par les parties au contrat. Malgré la possibilité du dépeçage du contrat, autorisée dans le cadre du droit international privé, nous constatons que dans la pratique du droit commercial, les parties ne font presque jamais la distinction entre le droit applicable à la convention d’arbitrage et le droit applicable au contrat principal. Toutefois et nonobstant le caractère scolaire et hypothétique de ce dépeçage contractuel, nous avons décidé de procéder en examinant les différentes combinaisons pouvant s’appliquer en se basant sur cette hypothèse. L’objectif d’une telle initiative est d’illustrer comment, en combinant le raisonnement des règles de conflit et celui des règles matérielles, nous obtenons le même résultat, à savoir l’incompatibilité de ces règles avec les principes d’arbitrage international.

144. – Les parties peuvent ainsi choisir les Règles de Hambourg, soit en tant que droit applicable à la convention d’arbitrage (A), soit en tant que droit applicable au contrat principal (B).

A. La loi choisie pour régir la clause compromissoire

i. La méthode conflictuelle

145. – Dans l’hypothèse où la loi applicable à la clause d’arbitrage est expressément choisie, les juges anglais et grecs doivent procéder à l’identification des normes aptes à régir la clause d’arbitrage, conformément aux dispositions de la Convention de New York (art. II et V § 1 précités) applicables dans leur for. Lorsque les Règles de Hambourg sont intégrées dans cette législation étatique choisie, il convient de s’interroger sur la confrontation entre les dispositions des Règles de Hambourg, en tant que texte étranger pour les juges étatiques en question, et les dispositions de la Convention de New York en tant que convention internationale.

146. – Dans le cas hypothétique (et matériellement presque impossible) où la loi étatique choisie ne contient pas d’autres dispositions applicables à la convention d’arbitrage que celles figurant dans les Règles de Hambourg, ou, lorsque les Règles

de Hambourg sont par stipulation contractuelle choisies pour régir la clause d'arbitrage, il ne fait aucun doute que l'application de ces dernières s'impose en tant que texte étranger. Or, comme nous l'avons déjà souligné, l'ordre public international des juges saisis constitue les limites à l'application directe des Règles de Hambourg en tant que texte étranger.

Ainsi, étant donné l'adoption de la Convention de New York par le Royaume-Uni et la Grèce, il est admis qu'en application de l'article VII de la Convention en question, ces dispositions constituent le minimum des restrictions que l'ordre juridique du juge peut imposer en matière d'arbitrage international⁴⁸¹. Nous pourrions en déduire que les dispositions des Règles de Hambourg présumées plus strictes en matière d'arbitrage dans les contrats de transport maritime seront écartées au profit des règles plus souples, visant à privilégier la validité de la clause d'arbitrage.

147. – Dans l'hypothèse où la Convention de New York est également intégrée dans la loi étatique choisie, la confrontation de cette dernière et des Règles de Hambourg semble également inévitable et le juge saisi doit se prononcer en prenant position sur leur compatibilité au sein de l'ordre juridique indiqué par le choix des parties. Cela signifie que le juge ne recourra pas, pour l'instant, à son ordre public ni à l'évocation de la Convention de New York en tant que convention internationale applicable directement au litige. Le juge sera obligé de se prononcer sur la compatibilité de deux textes étrangers susceptibles d'avoir des effets juridiques dans son propre for.

Pour étudier la compatibilité des dispositions mentionnées, au sein du même ordre juridique, nous allons nous pencher sur un argument tiré du texte même des Règles de Hambourg. Ce dernier cède la priorité aux conventions internationales propres en matière d'arbitrage. En effet, l'article 25 § 2 prévoit la primauté d'une convention internationale en matière d'arbitrage à laquelle l'ordre juridique d'un pays adhère⁴⁸².

⁴⁸¹ En accordant une telle primauté à la Convention de New York nous la traitons en tant que norme d'application immédiate qui se prévaut d'une loi étrangère ou d'une stipulation contractuelle choisie par les parties. V. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I, Partie générale*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2010, p. 606 et p. 609, n° 563 et n° 556.

⁴⁸² Art. 25 § 2 R. Hambourg : « *Les dispositions des articles 21 et 22 de la présente Convention ne s'opposent pas à l'application des dispositions obligatoires d'une autre convention multilatérale déjà en vigueur à la date de la présente Convention et se rapportant à des questions traitées dans lesdits articles, à condition que le différend intéresse exclusivement des parties ayant leur établissement principal dans des États parties à cette autre convention. Cependant, le présent paragraphe n'affecte pas l'application du paragraphe 4 de l'article 22 de la présente Convention.* »

Ainsi, la primauté accordée à la Convention de New York restreint l'application des dispositions strictes des Règles de Hambourg concernant la validité de la clause compromissoire. La règle matérielle de l'article II de la Convention de New York, ainsi que le principe de validité qui impose l'application des règles qui ont tendance à privilégier le recours à l'arbitrage, s'appliqueront à la convention d'arbitrage. Il convient, cependant, de souligner que les dispositions de la Convention de New York n'affecteront pas l'application obligatoire de l'article 22 § 4 des Règles de Hambourg⁴⁸³. Ainsi, les Règles de Hambourg introduisent une limite à la primauté de la Convention de New York. En examinant de près le contenu de cette disposition, nous verrons, par la suite, l'importance de cette exception.

ii. La méthode matérielle

148. – Le raisonnement n'est pas le même lorsque le litige est porté devant le juge français. Ce dernier est tenu d'appliquer la règle matérielle qui indique que la validité de la clause d'arbitrage n'est pas soumise à une loi étatique. En réalité, cette règle édicte le principe *in favorem validitatis*. Ainsi, loin de la solution recherchée par les juges anglais et grec, le juge français, dans un souci de préserver l'effet maximum de la validité de la clause compromissoire, n'hésitera pas à écarter la volonté expresse des parties, si les normes choisies invalident la clause d'arbitrage⁴⁸⁴.

En l'espèce, les Règles de Hambourg, qui sont plus strictes en ce qui concerne les conditions de validité imposées par la règle matérielle française, seront aussi écartées, afin de consacrer la validité de la clause. La position française est fondée sur le présupposé selon lequel les parties ont intérêt à favoriser la validité de la clause et à l'immuniser contre les vices qui pourraient l'affecter en appliquant des lois plus strictes. Ce raisonnement donne à la clause la validité présumée par la volonté initiale des parties. C'est sur ce fondement que la doctrine présume que les parties

⁴⁸³ Art. 22 § 4 R. Hambourg : « *L'arbitre ou le tribunal arbitral applique les règles de la présente Convention.* »

⁴⁸⁴ G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 441, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 238, § 425.

accepteraient d'écarter leur choix initial, même si elles savaient que ce choix risque d'invalider la clause⁴⁸⁵.

Vu sous cet angle, il semble que le principe d'autonomie introduit une nouvelle méthode de détermination des normes applicables à la clause : les règles matérielles visant à établir la validité de la clause⁴⁸⁶. Le raisonnement semble être renversé en recherchant à appliquer le droit qui validera la clause, et pas forcément en recherchant le droit applicable qui nous indiquera la validité ou la non-validité de la clause⁴⁸⁷. Malgré les critiques exprimées contre cette position⁴⁸⁸, celle-ci est justifiée par le souci de donner à cette institution son statut et sa dimension véritablement internationaux. Le libéralisme exprimé dans cette approche du juge français est considéré comme le moyen au service de l'efficacité de l'arbitrage.

B. La loi choisie pour régir le contrat principal

149. – L'analyse précédente était fondée sur l'hypothèse que les parties avaient expressément choisi la loi étrangère applicable à la clause d'arbitrage. On a également indiqué que les parties ne profitent pratiquement jamais de cette option qui leur est offerte, à savoir d'adopter le droit applicable à la clause d'arbitrage. Cette constatation s'applique davantage aux contrats de transport maritime, étant donné le caractère laconique des documents qui accomplissent plusieurs fonctions, dont celle de constater le contenu des contrats en question.

Au contraire, il arrive souvent que les parties désignent la loi applicable au contrat de transport maritime. Il convient donc d'examiner de plus près le raisonnement des

⁴⁸⁵ La volonté initiale des parties de soumettre le litige à l'arbitrage se trouve au cœur de leur choix d'introduire cette clause. Cette volonté doit non seulement être respectée mais aussi être préservée, à tout prix.

⁴⁸⁶ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 234, § 420.

⁴⁸⁷ G. BORN, *op. cit.*, p. 456.

⁴⁸⁸ Cette théorie fait l'objet de plusieurs critiques. Ainsi, certains estiment que cet « *extrême libéralisme* » de la règle matérielle se heurte à la volonté expresse des parties si elles ont choisi la loi applicable, invalidant éventuellement ladite clause. Étant donné que la règle matérielle cède la priorité au choix exprès des parties, il est en même temps soutenu que « [l']*exclusion de ce choix est difficilement conciliable avec le consensualisme dont se réclame cette jurisprudence et aussi la convention de New York* » (V. J.F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, LGDJ, 2002, p. 150, § 182). Dans le même sens Ch. PANOU, (*Le consentement à l'arbitrage, Etude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Thèse Université Paris I, IRJS, 2011 p. 195, n° 251 et suiv.), qui tire un argument a contrario par l'arrêt *Uni-Kod* du 30 mars 2004, en affirmant que devant le choix des parties sur la loi applicable à la convention d'arbitrage, c'est cette loi qui devrait s'appliquer et non pas la règle matérielle. V. aussi P. MAYER, note sous l'affaire *Dalico*, l'arrêt *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663, H. GAUDEMET-TALLON, note sous l'affaire *Dalico*, *Rev. arb.* 1994, p. 116, H. SYNVET, note sous Paris 17 déc. 1991, (*Gatoil*), *Rev. arb.* 1993, p. 281 (296).

juges étatiques dans ce cas de figure. La question peut se poser de manière plus générale, à savoir si, à défaut d'un choix exprès des parties, la loi applicable au contrat principal s'applique également à la clause d'arbitrage. Étant donné que le principe d'autonomie impose la dissociation du contrat et de la clause compromissoire⁴⁸⁹, l'interprétation de la volonté des parties sur ce point n'est pas évidente.

i. La méthode conflictuelle

150. – En application de l'article V § 1 de la Convention de New York, les juges anglais et grecs sont censés rechercher une indication qui leur permettra d'établir la volonté éventuellement exprimée par les parties, à défaut d'un choix exprès. Invité à interpréter le silence des parties concernant le droit applicable à la clause d'arbitrage, le juge anglais a tendance à appliquer la loi choisie pour le contrat principal⁴⁹⁰. Ce n'est qu'à défaut du choix du droit applicable au contrat principal, que le juge anglais a recours aux autres indices afin de rechercher la loi applicable, simultanément au contrat et à la convention arbitrale : le lieu de l'arbitrage⁴⁹¹, la nationalité des parties, le lieu d'exécution du contrat ou même le pavillon du navire qui est impliqué dans les affaires de droit maritime⁴⁹². Dans l'ordre juridique anglais, la dissociation du droit applicable à la clause d'arbitrage et du droit applicable au contrat principal est difficile à cerner⁴⁹³.

⁴⁸⁹ G. BORN, *op. cit.*, p. 447 et suiv., Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 238, § 425.

⁴⁹⁰ C. AMBROSE, K. MAXWELL, *London maritime arbitration*, London, LLP, 1996, p. 38 (39), COLLINS S. L. (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of laws*, Vol. I, 14th ed., London, Sweet & Maxwell, 2006, p. 718, § 16-017, N. BLACKABY et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 119, § 2-86, *Bangladesh Chemical Indus Corp v Henry Stephens Shipping Co.*, CA, [1981] 2 *Lloyd's Rep.* p. 389, ICC Case, N° 3572, *Y.B., Comm. Arb.* XIV 1989, p. 111, 115, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1986-1990, p. 154, ICC Case, N° 6379, *Y.B. Comm. Arb.* XVII 1992, p. 212, 215, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1991-1995, p. 134, ICC Case, N° 6850, *Y.B. Comm. Arb.* XXIII 1998, p. 37, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1996-2000, p. 187R. MERKIN, L. FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, 4th ed., London, Informa, 2008, p. 115, 116.

⁴⁹¹ Très souvent, pour le juge anglais, le choix du siège d'arbitrage est un indice pour le droit applicable, tant à la clause d'arbitrage qu'au contrat principal. Cf. C. AMBROSE, K. MAXWELL, *op. cit.*, p. 41, M. MUSTILL, S. C. BOYD, *The law and practice of commercial arbitration in England*, 2^{ème} éd., Butterworths, 1989, p. 64.

⁴⁹² Cf. C. AMBROSE, K. MAXWELL, *op. cit.*, p. 39. Précisément, pour le transport maritime, la référence à la loi législative d'un Etat adoptant les Règles de Haye ou de Haye-Visby ne constitue pas un indice pour déterminer le droit applicable au contrat ou la clause d'arbitrage. V. aussi *Mineracoas Brasileiras Reunidas v E.F. Marina S.A.* « *The Freights Queen* » [1997] 2 *Lloyd's Rep.*, p. 140.

⁴⁹³ Cette position n'a pas manqué d'attirer l'attention des critiques. L'argument avancé est qu'en réalité, dans l'immense majorité des cas, les parties ne songent pas à la loi applicable à la convention d'arbitrage. Il serait, selon les critiques, « excessif » de reconnaître une volonté implicite vers cette direction (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 239, § 425). Le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage, comme nous l'avons exposé, constitue un argument assez solide contre l'interprétation du silence des parties comme un choix exprès. La clause d'arbitrage est régie par des normes qui lui sont propres et non par les règles communes appliquées dans les autres clauses contractuelles. V. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *ibid.*, p. 238, § 425, J.F. POUURET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, LGDJ, 2002, p. 144, § 178, P.

Nous avons déjà fait référence à un arrêt⁴⁹⁴, dans lequel la Cour d'appel grecque saisie d'une demande d'examen préalable de la validité de la clause, a appliqué le droit choisi pour régir la convention principale, en l'espèce le droit anglais, à défaut d'un choix exprès des parties sur le droit applicable à la clause d'arbitrage. Dans ce cas, il s'agissait d'une clause d'arbitrage insérée dans une charte-partie par référence à une clause insérée dans une autre charte-partie qui liait les mêmes parties, mais à l'occasion d'un autre contrat d'affrètement. Le droit applicable au contrat d'affrètement étant le droit anglais, le juge grec a examiné la clause arbitrale à la lumière de ce droit. En l'espèce, comme nous l'avons vu, le juge n'est pas passé par la règle de conflit indiquée dans la Convention de New York, mais par une règle de conflit du droit international privé applicable à tous les litiges soulevant une question d'extranéité. Le droit anglais a été choisi par le juge afin de se prononcer sur la clause compromissoire, lorsqu'il représentait les liens les plus étroits avec la convention d'arbitrage, les parties l'ayant choisi pour régir le contrat principal. La méthode conflictuelle instaurée par la Convention de York n'a pas été pleinement appliquée suivant le principe d'autonomie qui exige l'application d'une règle de conflit propre à la convention d'arbitrage. Par ailleurs, le silence des parties sur le droit applicable à la convention d'arbitrage a été interprété comme l'occasion d'étendre l'application du droit adopté au contrat principal.

151. – En effet, nous remarquons que devant les juges anglais et grecs, à défaut d'un choix exprès des parties, la clause d'arbitrage sera régie par le droit désigné pour le contrat principal. Lorsque les Règles de Hambourg font partie intégrante de la loi choisie pour régir le contrat de transport maritime, la survenance du conflit entre ces dispositions et les dispositions de la Convention de New York peut être de nouveau constatée. La similitude de cette situation avec celle où les parties ont expressément

BERNARDINI, "Arbitration clauses: achieving effectiveness in the law applicable to the arbitration clause", in A. J. VAN DEN BERG (ed), *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards; 40 years of application of the New York Convention*, ICCA Congress Series 1998, N° 9, Kluwer Law International 1999, p. 197 (201). Par ailleurs, il est également soutenu que le droit applicable à la convention d'arbitrage est également présumé par le choix siège de l'arbitrage. À cet égard St. BREKOULAKIS, *Third parties in international commercial arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 189, § 6.55.

indiqué la loi applicable à la clause, exige de raisonner comme précédemment. Lorsque la loi étrangère ne reprend pas la Convention de New York, le seul obstacle à la pleine efficacité des Règles de Hambourg est l'ordre public du juge saisi, à savoir les dispositions de la Convention de New York ayant une force obligatoire. Lorsque la Convention de New York est intégrée à la loi étrangère, le conflit des normes est résolu en recourant au texte des Règles de Hambourg qui cède la priorité aux conventions spécialisées en matière d'arbitrage.

ii. La méthode matérielle

152. – En ce qui concerne la solution adoptée devant le juge français, il convient de souligner que la règle matérielle imposant la dissociation de la validité de la clause compromissoire de toute loi étatique s'applique même en présence du silence des parties et est corroborée par la jurisprudence récente. Dans l'arrêt *Uni-Kod*⁴⁹⁵ du 30 mars 2004, la Cour de cassation se prononce de nouveau sur l'interprétation du silence des parties quant au droit applicable à la clause. En l'espèce, la Cour n'avait pas à rechercher l'application de la loi choisie pour le contrat principal, car « [...] *les parties n'avaient pas soumis la validité et les effets de leur convention d'arbitrage à cette loi, ni même à aucune loi déterminée* ». La doctrine approuve aussi cette solution, puisque « [l]e réalisme commande de reconnaître que dans l'immense majorité des cas, les parties n'auront pas songé à la loi applicable à la convention d'arbitrage »⁴⁹⁶.

Ainsi, à la lumière de la méthode matérielle du droit français, il est difficile d'accepter que le choix du droit applicable au contrat principal soit interprété comme un choix silencieux des parties sur le droit applicable à la clause d'arbitrage. Ainsi, une loi étrangère intégrant les Règles de Hambourg et applicable au contrat principal ne devrait avoir aucune chance de s'appliquer à la clause compromissoire devant un juge français. Or, la pratique en droit

⁴⁹⁴ Cour d'appel du Pirée [Εφετείο Πειραιώς] 475 / 2005, ΔΕΕ 2006, p. 78, Ε.Εμπ.Α. 2008, p. 356 Α. TSAVDARIDIS, « Η αντιμετώπιση των διατητικών ρητρών ενσωματώσεως εξ επόμεως ιδιωτικού διεθνούς δικαίου » [« Les clauses d'arbitrage par référence du point de vue du droit international privé »], Ε.Εμπ.Α. 2007, p. 205.

⁴⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 30 mars 2004, *Sté Uni-Kod c/ Sté Ouralkali*, Bull. civ., 1, n° 95, Rev. arb. 2005, p. 959, note Ch. SERAGLINI, RTD com. 2004, p. 443, obs. E. LOQUIN, JCP G 2004, n° 37, II 10132, p. 1530, note G. CHABOT, v. aussi S. BOLLEE, « Quelques remarques sur la pérennité (relative) de la jurisprudence *Dalico* et la portée de l'article IX de la Convention européenne de Genève », JDI (Clunet) 2006, p. 127.

⁴⁹⁶ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 239, § 425.

maritime témoigne que les juges adoptent rarement un tel syllogisme issu des principes d'arbitrage international. Il ressort de la pratique que les juges sont souvent enclins à étendre les effets de l'application du droit applicable au contrat à la clause compromissoire.

§2. L'articulation avec les Règles de Rotterdam

153. – L'articulation des Règles de Rotterdam avec les autres normes applicables à la clause d'arbitrage pourrait survenir dans les deux situations suivantes : elles s'appliquent soit sous la forme des stipulations contractuelles des parties au contrat, soit en tant que régime d'ordre public, suivant son entrée en vigueur dans les trois ordres juridiques qui nous intéressent dans cette étude.

154. – Nonobstant le fait que les Règles ne sont pas encore entrées en vigueur, rien n'empêche les opérateurs maritimes de leur accorder déjà une valeur contractuelle, par une référence à une norme non-étatique régissant le contrat de transport maritime. Contrairement aux Règles de Hambourg et celles de Haye-Visby, les Règles de Rotterdam ne se prononcent pas sur la possibilité d'une clause « *paramount* ». Il est cependant admis que la soumission du contrat aux dispositions conventionnelles issues de ces Règles est permise dans la mesure où cette pratique est généralisée dans le cadre du droit international privé⁴⁹⁷.

La compatibilité de ces Règles, en tant que stipulations conventionnelles, insérées par référence dans le contrat, sera jugée à la lumière du raisonnement exposé auparavant et consacré à l'application des Règles de Hambourg en vertu de la clause *paramount*. Il convient de souligner que certaines conditions de validité de la clause d'arbitrage sont plus strictes que celles imposées par la Convention de New York. Ainsi, la limite à la liberté contractuelle des parties de choisir le droit régissant la clause d'arbitrage se heurte aux dispositions d'ordre public du juge de contrôle, qui protègent l'efficacité de ces clauses. Nous verrons, par la suite, les solutions substantielles

⁴⁹⁷ O. CACHARD, « La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) », *JDI (Clunet)* 2012, p. 533 (536), O. CACHARD, *Droit du commerce international*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2011, p. 176, n° 379, S. L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of laws*, Vol. II, 14th ed., London, Sweet & Maxwell, 2006, p. 1567, § 32-081. Il s'agit notamment de l'application des normes ou des règles de loi faisant parties de la *lex mercatoria*. Toutefois, la question de l'existence et de la validité du contrat sur le seul fondement de ces normes est débattue sous la question du « contrat sans loi ». Cf. J.-P. REMERY,

adoptées par chaque instrument international qui nous permettent de constater leur incompatibilité en raison de leur nature stricte.

155. – Il reste à examiner la compatibilité des Règles de Rotterdam après leur ratification par la France, le Royaume-Uni et la Grèce. L'entrée en vigueur de ces Règles est subordonnée à l'intervention d'un certain nombre de ratifications par les États signataires⁴⁹⁸. Dans cette perspective, le régime susceptible de s'appliquer aux clauses d'arbitrage en matière de transport maritime risque d'être fortement influencé, voire perturbé. L'entrée en vigueur des Règles aura pour conséquence immédiate d'établir le régime d'ordre public du transport des marchandises entièrement ou partiellement par mer. À cet égard, une clause de compatibilité est déjà prévue dans le texte des Règles⁴⁹⁹. Ainsi, leur application immédiate aux contrats de transport qui entrent dans leur champ d'application est assurée en tant que loi mandataire.

Le Chapitre 15 des Règles de Rotterdam est entièrement consacré aux clauses d'arbitrage maritime et réglemente assez précisément leurs conditions de validité. Le texte indique que ces dispositions feront partie de toute clause d'arbitrage insérée dans un contrat de transport maritime régi par les Règles⁵⁰⁰. Comme nous le verrons par la suite, après leur ratification et en vertu de cette disposition, elles pourront passer pour un texte d'ordre public que ni les juges ni les arbitres ne pourront négliger lors de l'examen de la validité de la clause compromissoire.

« Remarques sur le droit applicable au contrat international de transport maritime de marchandises », in *Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 277 (278).

⁴⁹⁸ Art. 94 § 1 R. Rotterdam, « *La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date du dépôt du vingtième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.* »

⁴⁹⁹ Art. 89 § 1 R. Rotterdam : « *Tout État qui ratifie, [...] la présente Convention ou y adhère et qui est partie à la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, signée à Bruxelles le 25 août 1924, [...], dénonce en même temps cette convention et le ou les protocoles qui s'y rapportent auxquels il est partie en adressant une notification [...] à cet effet et en déclarant que la dénonciation prendra effet à la date à laquelle la présente Convention entrera en vigueur à son égard.* » Le paragraphe « 2 » du même article prévoit ainsi par rapport à la dénonciation des Règles de Hambourg pour les États qui y adhèrent. Ainsi, toute confortation des dispositions sur l'arbitrage, d'une part, des Règles de Hambourg et, d'autre part, de celles de Rotterdam, semble être écartée. Cf. pour l'instauration d'un régime impératif, O. CACHARD, « La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) », *JDI (Clunet)* 2012, p. 533 (535).

⁵⁰⁰V. Art. 75 et suiv. R. Rotterdam.

156. – Toutefois, la ratification des Règles de Rotterdam ne signifie pas *ipso facto* l'entrée en vigueur des dispositions concernant l'arbitrage. Lors de la négociation des Règles, le désaccord des États sur la nécessité d'insérer des dispositions relatives aux clauses dérogatoires de juridiction a été résolu en adoptant, finalement, le système « *opt-in* »⁵⁰¹. Cela signifie que les États, qui acceptent de ratifier les Règles, sont obligés de le manifester de façon claire en déclarant leur volonté de ratifier également les dispositions sur l'arbitrage⁵⁰².

Une solution identique a été également prévue en ce qui concerne les dispositions relatives aux clauses attributives de compétence. Or, tandis que la décision de ratifier ces dispositions sera prise après examen de leur conformité avec les textes de l'Union européenne, la décision d'adopter les dispositions relatives à l'arbitrage international devra être conforme au régime de l'arbitrage international applicable au sein de chaque ordre juridique⁵⁰³. Certes, chaque État est tenu de respecter l'articulation harmonieuse des Règles de Rotterdam avec le régime de la Convention de New York spécifiquement adoptée, par cet État, en matière de l'arbitrage pour prendre sa décision. Puisque la France, le Royaume-Uni et la Grèce sont des États contractants à cette dernière, l'obligation de contrôler la compatibilité de ces normes leur incombe.

157. – Nous nous plaçons dans l'hypothèse où les Règles de Rotterdam s'appliquent de plein droit dans les trois ordres juridiques en question. La confrontation entre ces dispositions sur la validité de la clause compromissoire et, d'une part, la Convention de New York, pour le cas des juges anglais et grec, et d'autre part, les règles matérielles du juge français, semble être inévitable. Devant les juges anglais et grecs, le conflit de ces règles revêt la nature d'un conflit entre conventions internationales applicables simultanément au sein de la même juridiction. Devant le juge français, il s'agit d'un conflit entre règles substantielles issues, d'une part, d'une convention internationale, et d'autre part, d'une jurisprudence étatique.

⁵⁰¹ Art. 78 R. Rotterdam: « *Les dispositions du présent chapitre ne lieront que les États contractants qui, conformément à l'article 91, déclarent qu'ils s'y soumettront* ». Cf. Ch. D. HOOPER, « Arbitration », in Al. ZIEGLER, J. SCHELIN, S. ZUNARELLI (Ed.), *The Rotterdam Rules 2008, Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of goods Wholly or Partly by Sea*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2010, p. 321 (323), BEKKER, D. GINZBURG, « The Rotterdam Rules and the Arbitration, Questions and warning signs », *Disp. Res. J.* 2010, vol. 65, n° 65, p. 68.

⁵⁰² Les Règles de Rotterdam ont été ratifiées par l'Espagne (le 19/01/2012) et le Togo (le 17/07/2012). Aucun de deux pays n'a adopté les dispositions sur la compétence juridictionnelle et arbitrale.

Face à un conflit de conventions internationales, le recours aux règles du droit international public s'avère nécessaire afin de déterminer quelle norme prévaudra à la fin⁵⁰⁴. Les règles habituellement proposées, en cas de conflit des conventions internationales, sont, soit la règle de la primauté de la convention la plus « récente »⁵⁰⁵, soit la règle de la primauté de la convention la plus « spéciale »⁵⁰⁶. Le recours à la première règle semble impossible, car l'objet réglementé par les deux conventions est différent. D'une part, la Convention de New York, qui est déjà en vigueur, établit le régime de la circulation de la sentence arbitrale internationale, même si elle consacre quelques dispositions au régime de la convention arbitrale. D'autre part, les Règles de Rotterdam, et plus précisément les dispositions sur l'arbitrage, traitent des conditions de validité de la clause d'arbitrage insérée spécifiquement dans les contrats de transport maritime.

Nous pourrions néanmoins être tentés d'accorder une primauté aux dispositions de la dernière convention, non pas en application du critère de la priorité « chronologique » (la loi postérieure déroge à la loi antérieure), mais sur le fondement de la « spécificité ». Certes, les Règles de Rotterdam établissent un régime impératif applicable aux clauses d'arbitrage spécifiquement insérées dans les contrats de transport maritime, tandis que la Convention de New York a vocation à s'appliquer aux clauses d'arbitrage de tout contrat relevant du secteur commercial. Toutefois, la Convention de New York a été aussi « spécifiquement » rédigée dans l'optique de créer un régime propre à l'arbitrage international, imposant le minimum de restrictions possibles afin que les clauses et les sentences arbitrales puissent développer leurs effets juridiques. En effet, le texte même de la Convention oblige les États contractants à ne pas adopter des conditions plus strictes, tout en leur laissant la possibilité d'imposer un régime encore plus libéral que celui de la Convention. Ainsi,

⁵⁰³ BAATZ Y., "Jurisdiction and Arbitration in Multimodal Transport", *Tul. Mar. L. J.* 2012, vol. 36, p. 643 (647), Ch. D. HOOPER, *op. cit.*

⁵⁰⁴ P.-Y. NICOLAS, « Les conflits de Conventions internationales dans le transport maritime de marchandises », in *Mélanges offertes à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 265 (268) V. aussi D. BUREAU, « Les conflits de conventions », in *Travaux du comité français D.I.P. 1999-2000*, Ed. A. Pédone, Paris, 2001, p. 201.

⁵⁰⁵ Il s'agit de la règle « *lex posterior derogat priori* ».

⁵⁰⁶ « *Lex specialis derogat generalis* ».

le recours au critère de la règle de conflit « plus spécial » entame une discussion qui contribue plutôt à compliquer qu'à résoudre la situation en question.

Ce dernier argument, tiré de l'énoncé de l'objectif même de la Convention de New York, nous permet de recourir à une autre règle afin de résoudre le conflit entre les deux conventions internationales : celle de « l'efficacité maximale »⁵⁰⁷. Selon cette règle, prévaut la norme qui « réalise le mieux les objectifs poursuivis par le législateur »⁵⁰⁸. Or, son application soulève une autre difficulté. Pour que cette règle puisse être appliquée, les objectifs poursuivis doivent être similaires ou identiques entre les textes internationaux en concurrence. Même si l'objet apparent est de désigner les conditions de validité d'une clause compromissoire, l'objectif et la volonté des rédacteurs n'ont pas le même point de départ. Les Règles de Rotterdam imposent certaines conditions plus strictes encore que celles de la Convention de New York car, en plus de vouloir encadrer la validité des conventions d'arbitrage, elles cherchent à assurer la protection des opérateurs du transport maritime contre les effets présumés nuisibles d'une clause compromissoire. Ainsi, tandis que la Convention de New York vise à donner une efficacité maximale à la convention d'arbitrage, déclinant toute présomption négative à l'encontre de cette institution juridique, les Règles de Rotterdam tendent à la restreindre, afin de rétablir l'équilibre entre les opérateurs commerciaux présumés « faibles » et ceux présumés « forts ».

158. – Nous nous retrouvons ainsi devant une question décisive. Quelle était la priorité du législateur au regard de l'objectif recherché lorsqu'il a adopté les deux textes internationaux ? Cette question doit être posée au moment de l'adoption des Règles de Rotterdam afin de décider si la ratification couvrira également les dispositions sur l'arbitrage, suivant le système d'« *opt-in* ». Autrement dit, l'objectif d'un ordre juridique peut être, soit de donner un effet maximal à la clause d'arbitrage, si encourager l'efficacité de la clause d'arbitrage entre dans ses priorités afin de servir une politique favorable à ce dernier, soit d'insérer des dispositions délimitant

⁵⁰⁷ F. MAJOROS, *Les conventions internationales en matière de droit privé, II, Partie spéciale I, Le droit des conflits de conventions*, Paris, Pedone, 1980, p. 101 et suiv., B. DUTOIT, F. MAJOROS, « Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles », *Rev. crit. DIP* 1984, p. 565 (577), P.-Y. NICOLAS, « Les conflits de Conventions internationales dans le transport maritime de marchandises », in *Mélanges offertes à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 265 (269).

ses effets, en faisant alors preuve d'une position moins favorable à l'arbitrage, à partir du moment où il peut être vu comme une institution apte, dans certaines circonstances certes, à nuire aux droits des justiciables.

Dans un souci de proposer une solution à la réponse posée, il nous semble judicieux de recourir à l'instrument international qui a marqué l'évolution de l'arbitrage au cours des dernières décennies. Il suffit donc de se référer, de nouveau, à l'article VII § 1 de la Convention de New York pour confirmer l'existence d'une règle introduisant l'efficacité maximale de la convention d'arbitrage, soutenue également par la doctrine en matière d'arbitrage international⁵⁰⁹. L'adoption de cette règle par les États contractants ne semble pas être compatible avec une autre règle qui délimiterait les effets de la convention d'arbitrage, en imposant des conditions de validité plus strictes, sans avoir préalablement dénoncé la Convention de New York. Ainsi, nous pourrions soutenir que le respect du seuil des restrictions maximums imposé par cette dernière n'est pas compatible avec l'introduction de normes qui délimitent les effets de la clause d'arbitrage et de la sentence arbitrale, et qui réservent un traitement moins favorable à l'arbitrage.

La limite des dispositions issues de la Convention de New York se pose à l'égard des juges anglais et grecs qui appliquent constamment ces critères pour examiner la validité de la convention d'arbitrage. Or, le juge français a recours à ses propres règles matérielles issues de sa jurisprudence et dont la vocation est de répondre à tout litige ayant un élément d'extranéité en matière de commerce international. Ainsi, pour se prononcer sur la compatibilité des normes susceptibles de s'appliquer, il y a lieu de comparer les Règles de Rotterdam avec les règles matérielles du juge français lorsqu'elles sont les seules à désigner le régime applicable à la convention d'arbitrage. Étant donné que les règles matérielles françaises introduisent un régime encore plus libéral, comparé à celui de la Convention de New York, leur

⁵⁰⁸ P.-Y. NICOLAS, « Les conflits de Conventions internationales dans le transport maritime de marchandises », in *Mélanges offertes à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 265 (269).

⁵⁰⁹ A. J. VAN DEN BERG, *The New York Convention of 1958, Towards a uniform judicial interpretation*, Antwerp, Kluwer Law and Taxation, 1981, p. 90-91.

compatibilité avec les restrictions des Règles de Rotterdam semble encore plus improbable.

159. – À plusieurs occasions, l'analyse précitée présume que les conditions de validité adoptées par les Règles de Hambourg et celles de Rotterdam sont moins souples que les conditions indiquées par la Convention de New York mais aussi que celles établies par les règles matérielles françaises. Ainsi, la présentation des différences concernant les conditions imposées par les conventions s'avère nécessaire afin de démontrer pourquoi la coexistence de plusieurs normes susceptibles de s'appliquer semble difficile.

Section II. La compatibilité des normes d'un point de vue substantiel

160. – L'opportunité d'introduire des dispositions sur la compétence et l'arbitrage dans les conventions qui régissent le régime du transport maritime a fait l'objet d'une discussion assez vive parmi les spécialistes⁵¹⁰. Certains soutiennent que la « défiance » des Règles de Hambourg à l'égard des clauses d'arbitrage et d'élection de for a été considérée comme la raison principale de leur échec⁵¹¹. Toutefois, les rédacteurs des Règles de Rotterdam n'ont pas hésité à relancer le débat et à insérer des dispositions sur l'arbitrage, cette fois avec la garantie du système d'« *opt-in* ».

161. – La considération principale des rédacteurs des instruments internationaux était de préserver l'application du régime qu'ils prévoyaient⁵¹². Afin de dissuader toute manœuvre visant à exonérer le transporteur de ses responsabilités accrues, imposées

⁵¹⁰ Report of the United Nations Commission Working group III on transport law, 9th session, A/CN.9/510, § 61, G. MEIJER, "The Rotterdam Rules and the Arbitration", *EJCL* 2010, vol. 2, p. 42, O. CACHARD, « La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) », *JDI (Clunet)* 2012, p. p. 533 (536).

⁵¹¹ O. CACHARD, « La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) », *JDI (Clunet)* 2012, p. 533 (566). Pour une présentation exhaustive des conflits des normes internationales en matière de transport maritime, v. l'étude : C. LEGROS, « Les conflits de normes juridictionnelles en matière de contrats de transport internationaux de marchandises », *JDI (Clunet)* 2007, n° 3, p. 799, et *id.*, « Les conflits de normes juridictionnelles en matière de contrats de transport internationaux de marchandises (suite) », *JDI (Clunet)* 2007, n° 4, p. 1081.

par le régime d'ordre public des conventions maritimes, les clauses d'arbitrage (ainsi que les clauses d'élection de for) ont fait l'objet d'une réglementation relativement stricte. Les dispositions insérées tentent, d'une part, d'assurer l'application du régime strict qui engage la responsabilité du transporteur, et d'autre part, de protéger les opérateurs maritimes, notamment, les tiers porteurs des documents de transport, lesquels peuvent se voir opposer par le transporteur les clauses compromissaires insérées dans le contrat de transport.

Ainsi, pour satisfaire le premier objectif, les conventions maritimes délimitent la liberté des parties en termes de choix du siège de l'arbitrage et contraignent les arbitres à appliquer au contrat de transport le régime prévu dans ses textes (§1). En outre, l'insertion de conditions formelles destinées à établir l'efficacité de la convention d'arbitrage vise à protéger les parties et les tiers impliqués dans le transport maritime (§2). Or, nous verrons que chaque disposition adoptée à cet égard se heurte aux principes d'arbitrage international qui régissent l'institution même de l'arbitrage.

§1. Les restrictions du siège et du droit applicable au litige

162. – Il convient de présenter les restrictions des conventions maritimes imposées par rapport au siège de l'arbitrage et au droit applicable au litige (A), avant de s'interroger sur leur opportunité dans le cadre de l'arbitrage international (B).

A. Les solutions proposées

i. Le choix du siège

163. – Les dispositions consacrées au siège de l'arbitrage laissent à l'une des parties l'initiative de sa fixation. L'article 22§3 des Règles de Hambourg⁵¹³ ainsi que

⁵¹² Ch. D. HOOPER, « Arbitration », in *The Rotterdam Rules 2008, Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of goods Wholly or Partly by Sea*, Al. ZIEGLER, J. SCHELIN, S. ZUNARELLI (Ed.), The Netherlands, Kluwer Law International, 2010, p. 321 (323).

⁵¹³ Art. 22, §3 R. Hambourg : « La procédure d'arbitrage est engagée, au choix du demandeur : a) Soit en un lieu sur le territoire d'un État dans lequel est situé : i) L'établissement principal du défendeur, ou, à défaut, sa résidence habituelle; ou ii) Le lieu où le contrat a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par

l'article 75§2 Règles de Rotterdam⁵¹⁴ permettent au demandeur d'engager une procédure arbitrale dans différents lieux de son choix. Toutefois, le choix du siège est délimité et la partie peut choisir uniquement le lieu convenu par la clause d'arbitrage et un des autres lieux limitativement énumérés dans les conventions maritimes.

Dans les Règles de Hambourg, l'articulation des options du siège n'est facultative que pour le « demandeur »⁵¹⁵. Au contraire, les Règles de Rotterdam accordent le droit de choisir à « *la personne faisant valoir un droit contre le transporteur* ». Ce privilège permet aux opérateurs maritimes qui ont pris l'initiative de recourir à l'arbitrage d'échapper à l'obligation de se soumettre au siège contenu dans la clause ou à celui indiqué par l'institution de l'arbitrage en charge d'organiser la procédure. Le raisonnement d'avoir adopté ces dispositions se justifie par le fait que la fixation du siège dans la clause d'arbitrage aurait été, en principe, le choix de l'opérateur présumé « fort », à savoir le transporteur⁵¹⁶.

Les sièges privilégiés par les deux Règles en question sont, soit le port où les marchandises sont chargées ou déchargées du navire, soit le lieu d'établissement du transporteur. Les Règles de Hambourg et celles de Rotterdam ont ceci de différent que les premières permettent également de choisir le lieu du domicile du chargeur ou le lieu de la conclusion du contrat de transport, tandis que les secondes offrent également l'option du lieu de la réception ou de la livraison des marchandises⁵¹⁷.

l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu; ou iii) Le port de chargement ou le port de déchargement. b) Soit en tout autre lieu désigné à cette fin dans la clause ou le pacte compromissoire. »

⁵¹⁴ 75§2 R. Rotterdam : « *La procédure d'arbitrage se déroule, au choix de la personne faisant valoir un droit contre le transporteur: a) En tout lieu désigné à cette fin dans la convention d'arbitrage; ou b) En tout autre lieu situé dans un État où se trouve l'un quelconque des lieux suivants: i) Le domicile du transporteur; ii) Le lieu de réception convenu dans le contrat de transport; iii) Le lieu de livraison convenu dans le contrat de transport; ou iv) Le port où les marchandises sont initialement chargées sur un navire ou le port où elles sont finalement déchargées d'un navire. »*

⁵¹⁵ F. BERLINGIERI, "The effect on arbitration of recent international maritime law conventions", in P. SANDERS (ed), *New trends in the development of international commercial arbitration and the role of arbitral and other institutions*, ICCA Congress Series 1982, N° 1, Kluwer 1983, p. 297 (300).

⁵¹⁶ Certains ont soutenu que l'interprétation de ces dispositions laissait entendre que les options offertes auront vocation à s'appliquer à défaut d'un accord des parties sur ce point [cf. C. LEGROS, « Les conflits de normes juridictionnelles en matière de contrats de transport internationaux de marchandises (suite) », *JDI (Clunet)* 2007, n° 4, p. 1081 (1112)]. Toutefois, l'interprétation selon laquelle le choix du siège est laissé au demandeur, indépendamment de l'existence d'un siège convenu, ou non, nous semble plus probable. V. dans ce sens Report of the United Nations Commission Working group III on transport law, A/CN.9/616, § 274. Aussi la doctrine: O. CACHARD, « La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) », *JDI (Clunet)* 2012, p. p. 533 (566), G. MEIJER, "The Rotterdam Rules and the Arbitration", *EJCCL* 2010, vol. 2, p. 42 (46).

⁵¹⁷ Lorsque ces règles ont vocation à régir le transport multimodal des marchandises et non pas seulement le transport maritime, il paraît logique de prévenir non seulement le port de chargement ou de déchargement, mais, aussi, le lieu de la réception ou de la livraison prévu pour le transport terrestre.

Néanmoins, dans les deux conventions, l'efficacité de plein droit du siège convenu dans les clauses d'arbitrage conclues postérieurement à la naissance du litige⁵¹⁸ est retenue.

164. – L'initiative importante prise par les Règles de Rotterdam fut la création d'une catégorie spéciale de transport de volume, à savoir les « contrats de volume ». S'agissant des contrats réputés « équilibrés », en termes de pouvoir de négociation des parties, les rédacteurs ont essayé de rétablir la liberté contractuelle qui caractérise de manière générale les transactions commerciales⁵¹⁹. Ainsi, les parties au contrat de volume sont tenues de respecter le siège convenu dans la clause compromissoire, sous certaines conditions qui sont mentionnées afin d'assurer le respect de l'équilibre de force des parties : i. les noms des parties doivent être clairement indiqués, et ii. soit le contrat est individuellement négocié, soit une référence expresse à la clause d'arbitrage existe dans le contrat⁵²⁰. Si ces conditions ne sont pas réunies, il n'est ici pas question de contrat de volume et donc, la règle générale de l'article précédent s'applique, à savoir la liberté du demandeur agissant à l'encontre du transporteur, de choisir le siège de l'arbitrage.

⁵¹⁸ Art. 22, §6 R. Hambourg : « *Aucune disposition du présent article n'affecte la validité d'un accord relatif à l'arbitrage conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport par mer* ». Art. 77 R. Rotterdam : « *Nonobstant les dispositions du présent chapitre et du chapitre 14, après la naissance d'un litige, les parties à ce litige peuvent convenir de soumettre celui-ci à l'arbitrage en quelque lieu que ce soit* ».

⁵¹⁹ Art. 1 § 2 R. Rotterdam : « *Le terme "contrat de volume" désigne le contrat de transport qui prévoit le déplacement d'une quantité déterminée de marchandises en plusieurs expéditions pendant une durée convenue. La quantité peut être exprimée sous la forme d'un minimum, d'un maximum ou d'une fourchette* ». Il s'agit notamment d'un contrat, largement utilisé dans la pratique nord-américaine, aux termes duquel les chargeurs souhaitent réserver un important volume sur des navires desservant un service de ligne régulière. En France, ce contrat, connu comme « contrat de tonnage » divise la jurisprudence et la doctrine par rapport à sa nature juridique. En effet, il est considéré, soit comme contrat de transport, soit comme contrat d'affrètement au voyage, soit, comme un contrat-cadre. V. Cass. com., 22 juin 1981, n° 77-15.605, Paris, 16 mai 1980, *DMF* 1980, p. 536, note R. ACHARD, Aix-en-Provence, 19 avr. 1984, *DMF* 1985, p. 216, note R. ACHARD, Sentence CAMP 1039 du 12 déc. 2000, *DMF* 2001, p. 404. En raison de l'importance des volumes réservés par les chargeurs, ces contrats sont considérés comme le « fruit d'un certain équilibre contractuel » [O. CACHARD, « La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) », *JDI (Clunet)* 2012, p. 533 (535)]. Il est démontré que, lorsque les chargeurs ont un fort pouvoir de négociation, ces contrats comportent rarement des clauses limitatives de responsabilité du transporteur. Ainsi, les Règles de Rotterdam n'hésitent pas à restaurer la liberté contractuelle pour ce domaine du transport maritime (art. 80 § 1 R. Rotterdam). À cet égard, v. Ph. DELEBECQUE, « La Convention sur les contrats internationaux de transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer : 'a civil law perspective' », *DMF* 2009, n° 702, p. 335 (338), A. KOZUBOVSKAYA-PELLE, « Le contrat de volume et les Règles de Rotterdam », *DMF* 2010, n° 712, p. 175, P. MANKOWSKI, "The Rotterdam Rules - Scope of Application and Freedom of Contract", *EJCCL* 2010, vol. 1-2, p. 11 (19), G. MEIJER, "The Rotterdam Rules and the Arbitration", *EJCCL* 2010, vol. 2, p. 42 (47), P. K. MUKHERJEE, A. BASU BAL, « A Legal and Economic Analysis of the Volume Contract Concept under the Rotterdam Rules : Selected Issues in Perspective », *JMLC* 2009, vol. 40, n° 4, p. 579, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2010, p. 631, § 923 bis, R. ILLESCAS, « L'Espagne ratifie les règles de Rotterdam : ce qui change au niveau du droit du transport international suite à ces règles », *DMF* 2011, p. 691.

⁵²⁰ Art. 75§3 R. Rotterdam : « *La désignation du lieu de l'arbitrage dans la convention d'arbitrage a force obligatoire pour les litiges entre les parties à cette convention si elle est contenue dans un contrat de volume qui indique clairement le nom et l'adresse des parties et, soit: a) A fait l'objet d'une négociation individuelle; soit b) Indique de manière apparente qu'une convention d'arbitrage a été conclue et spécifie dans quelles clauses du contrat elle se trouve.* »

Toutefois, le tiers porteur du document du transport de volume est lié par le siège prévu dans le contrat de transport, à la triple condition (75§4 R. de Rotterdam) qu'il s'agisse d'un des sièges limitativement énumérés dans cet article, que la clause figure dans le document du contrat de volume et que le tiers soit informé en temps utile. Il est aussi mentionné que le tiers peut être lié par la clause seulement si la loi applicable le permet⁵²¹.

165. – Nous remarquons que l'engagement du tiers « [...] *par la désignation du lieu de l'arbitrage* [...] » est soumis aux conditions d'opposabilité de la clause compromissoire. De la même façon, les Règles de Rotterdam subordonnent l'exclusivité du siège convenu, pour les porteurs des connaissements de charte-partie, à deux exigences qui correspondent aux conditions de leur engagement par la clause compromissoire, à savoir l'incorporation expresse de la clause d'arbitrage dans la charte-partie et la désignation des noms des parties à la charte⁵²². Autrement dit, pour ces catégories d'opérateurs, lorsque la clause compromissoire leur est opposable, ils sont également tenus par le siège convenu par celle-ci, sans possibilité de l'écarter au profit d'un autre siège choisi unilatéralement.

166. – Les conventions maritimes n'ont pas manqué de prévoir que les dispositions régissant le choix du siège font partie de toutes les clauses insérées dans un contrat de transport maritime qui rentre dans le champ d'application de ces Règles⁵²³. Cette

⁵²¹ Art. 75§4 R. Rotterdam : « *Lorsqu'une convention d'arbitrage a été conclue conformément au paragraphe 3 du présent article, une personne qui n'est pas partie au contrat de volume est liée par la désignation du lieu de l'arbitrage dans cette convention uniquement si: a) Le lieu de l'arbitrage désigné dans la convention correspond à l'un des lieux mentionnés à l'alinéa b du paragraphe 2 du présent article; b) La convention est contenue dans le document de transport ou le document électronique de transport; c) Cette personne est dûment avisée, en temps utile, du lieu de l'arbitrage; et d) La loi applicable prévoit que cette personne peut être liée par la convention d'arbitrage.* »

⁵²² Art. 76§2 R. Rotterdam : « *Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, une convention d'arbitrage dans un document de transport ou dans un document électronique de transport auquel la présente Convention s'applique par le jeu de l'article 7 est soumise au présent chapitre sauf si ce document: a) Identifie les parties à la charte-partie ou à un autre contrat exclu du champ d'application de la présente Convention par le jeu de l'article 6 et indique la date de cette charte-partie ou de ce contrat; et b) Incorpore par référence expresse la clause de la charte-partie ou de l'autre contrat qui contient les termes de la convention d'arbitrage.* »

⁵²³ Art. 22 § 5 R. Hambourg : « *Les dispositions des paragraphes 3 et 4 du présent article sont réputées incluses dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte qui y serait contraire est nulle.* »

Art. 75§5 R. Rotterdam : « *Les dispositions des paragraphes 1, 2, 3 et 4 du présent article sont réputées incluses dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte est nulle dans la mesure où elle y serait contraire.* »

prévision modifie quasiment toute clause compromissoire dans ce sens⁵²⁴, afin de protéger les opérateurs faibles dans le transport maritime et assurer l'application effective des règles substantielles des conventions concernant la responsabilité des transporteurs⁵²⁵.

ii. Le choix du droit applicable

167. – L'application effective du régime des Règles de Hambourg est scellée par la disposition qui oblige les arbitres à appliquer son régime au fond du litige⁵²⁶. Nous avons souligné que, malgré la priorité accordée aux conventions spécialisées en matière d'arbitrage international, par l'article 25 § 2, les arbitres sont expressément tenus d'appliquer au fond du litige les dispositions de cette convention maritime. Lorsque les parties au contrat ont expressément choisi les Règles de Hambourg par une clause *paramount* ou à travers une loi étatique qui a ratifié ce texte, il ne nous paraît pas illogique de supposer que le contrat de transport est soumis à ce régime. Le choix de la loi applicable au contrat est clair et non équivoque.

Au contraire, lorsque les Règles s'appliquent en tant que « convention internationale » au *forum* d'un pays qui les a ratifiées, l'interdiction de déroger à ce régime par le choix effectué dans une clause compromissoire soulève certaines questions. Cette interdiction n'est pas compatible avec le principe de l'autonomie des parties qui leur permet de soumettre le litige à une loi étatique ou à un ensemble des normes internationales, en considération de leurs propres intérêts. Cette obligation se heurte également, comme nous le verrons aussi par la suite, à la discrétion des arbitres de déterminer le droit applicable au contrat litigieux, à défaut d'un accord commun des parties.

168. – En cas de violation de la disposition sur le droit applicable au contrat, sont réputées nulles les stipulations qui prévoient le contraire⁵²⁷. La doctrine est partagée

⁵²⁴ Ch. D. HOOPER, « Arbitration », in Al. ZIEGLER, J. SCHELIN, S. ZUNARELLI (Ed.), *The Rotterdam Rules 2008, Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of goods Wholly or Partly by Sea*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2010, p. 321 (328).

⁵²⁵ C. LEGROS, « Les conflits de normes juridictionnelles en matière de contrats de transport internationaux de marchandises (suite) », *JDI (Clunet)* 2007, n° 4, p. 1081 (1113).

⁵²⁶ Art. 22 § 4 R. Hambourg : « *L'arbitre ou le tribunal arbitral applique les règles de la présente Convention.* »

⁵²⁷ Articles 22 § 5 R. Hambourg précité.

sur l'étendue de cette sanction et lui consacre deux interprétations⁵²⁸ : soit toute la clause est réputée nulle, en conséquence, le litige est renvoyé aux juridictions étatiques conformément aux règles du droit international privé, soit seule la stipulation contraire aux dispositions de la convention internationale est sanctionnée par la nullité. Dans ce dernier cas, il incombe aux arbitres d'appliquer le régime de la Convention et non pas le droit désigné par la clause. Certes, la doctrine est favorable à la deuxième approche, dans un souci de respecter la volonté des parties de recourir à l'arbitrage⁵²⁹. Toutefois, soumettre la validité de la convention d'arbitrage à la condition de désigner des normes spécifiques (en l'espèce les Règles de Rotterdam) applicables au fond du litige ne se justifie pas au regard des principes d'arbitrage international.

169. – Dans les Règles de Rotterdam, nous ne retrouvons pas de dispositions identiques. Ses rédacteurs ne se sont pas précipités pour imposer une telle restriction aux parties ou aux arbitres, puisqu'ils étaient conscients du principe de l'arbitrage international selon lequel les arbitres sont libres de choisir le droit applicable au litige, à défaut d'un choix exprès des parties⁵³⁰.

B. L'opportunité des solutions proposées

170. – De manière générale, les dispositions consacrées à l'arbitrage dans les conventions maritimes n'ont pas pris en considération l'évolution du droit de l'arbitrage international⁵³¹. Les restrictions sur certains aspects de la clause compromissoire se heurtent au libéralisme qui caractérise le domaine de l'arbitrage international.

171. – L'historique et les solutions substantielles des conventions maritimes démontrent que leur objectif consiste à établir un régime favorable aux opérateurs du transport maritime et répressif face aux abus du pouvoir des transporteurs⁵³². En,

⁵²⁸ C. LEGROS, « Les conflits de normes juridictionnelles en matière de contrats de transport internationaux de marchandises (suite) », *JDI (Clunet)* 2007, n° 4, p. 1081 (1113).

⁵²⁹ G. MEIJER, "The Rotterdam Rules and the Arbitration", *EJCCL* 2010, vol. 2, p. 42 (45, 1).

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 47, I.

⁵³¹ C. LEGROS, *op. cit.*, p. 1081 (1092).

⁵³² Les Règles de Rotterdam s'inscrivent dans la même logique que les autres conventions en matière maritime et visent à imposer un régime de responsabilité de plein droit, sans qu'il soit possible pour les opérateurs maritimes (les transporteurs)

réalité, ce « déséquilibre » créé par ces dispositions est instauré volontairement. Le régime spécifiquement applicable aux contrats de transport de lignes régulières ainsi qu'aux contrats de transport exécutés suite à l'émission de connaissements de chartes-parties vise à rétablir la position des chargeurs et des tiers porteurs des documents de transport qui a été affaiblie en raison d'une position commerciale plus forte des transporteurs.

Ainsi, mis à part le cas des contrats de volume, considérés dans des conditions bien précises comme des contrats « équilibrés », les chargeurs et les ayants droit aux marchandises peuvent choisir unilatéralement le siège de l'arbitrage. Les hésitations exprimées pendant les travaux préparatoires des Règles de Rotterdam ont simplement contribué à l'adoption du système « *opt-in* » pour les dispositions sur la compétence juridictionnelle et arbitrale, sans toutefois réussir à convaincre d'abandonner la position adoptée auparavant par les Règles de Hambourg sur le choix unilatéral du siège. Les analyses doctrinales consacrées, notamment, aux Règles de Rotterdam⁵³³ témoignent que pour favoriser la position litigieuse des cocontractants des transporteurs, ces derniers ont la possibilité, à travers le choix du siège, de déplacer les transporteurs dans un endroit qui leur est inadapté. Cette solution sert comme moyen de pression pour les chargeurs afin d'imposer un accord favorable à leur propre intérêt⁵³⁴. De cette manière, les rédacteurs ont souhaité inverser les termes du jeu actuellement pratiqués par les transporteurs à l'encontre des chargeurs.

172. – Le choix unilatéral du siège, voire la désignation unilatérale du *forum actoris* en tant que siège « autorisé », soulèvent des objections majeures à l'égard des

et les États signataires d'y déroger. V. dans ce sens, spécifiquement pour les Règles de Rotterdam : O. CACHARD, « La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) », *JDI (Clunet)* 2012, p. 533 (535).

⁵³³ O. CACHARD, « Jurisdictional issues in the Rotterdam Rules: balance of interests or legal paternalism? », *EJCL* 2010, vol. 2, n° 1-2, p. 1, M.-F. STURLEY, « General Principles of Transport Law and the Rotterdam Rules », *EJCL* 2010, vol. 2, n° 1-2, p. 98 (107), L. S. PALLARES, « A brief approach to the Rotterdam Rules: between hope and disappointment », *JMLC* 2011, vol. 42, p. 453.

⁵³⁴ Ch. D. HOOPER, « Arbitration », in *The Rotterdam Rules 2008, Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of goods Wholly or Partly by Sea*, Al. ZIEGLER, J. SCHELIN, S. ZUNARELLI (Ed.), The Netherlands, Kluwer Law International, 2010, p. 321 (326), P. H. F. BEKKER, D. GINZBURG, « The Rotterdam Rules and the Arbitration, Questions and warning signs », *Disp. Res. J.* 2010, vol. 65, n° 65, p. 68.

principes de l'arbitrage international⁵³⁵. Le choix du siège n'est pas anodin. L'ordre juridique du pays du siège influence plusieurs aspects de la procédure arbitrale (notamment, la désignation du juge compétent pour les litiges concernant la constitution du tribunal arbitral et le droit applicable à la convention d'arbitrage ou même au fond du litige), ainsi que de la sentence arbitrale (notamment, l'exercice du recours en annulation contre la sentence rendue). Ainsi, la neutralité du siège de l'arbitrage est l'un des éléments qui attire l'attention des opérateurs et fait souvent l'objet de négociations assez longues.

Par ailleurs, choisir unilatéralement le siège de l'arbitrage contrevient directement à l'égalité des parties à la procédure arbitrale. En effet, l'égalité des justiciables se manifeste lorsqu'elles ont la possibilité de choisir conjointement le siège, et à défaut, qu'il soit désigné par décision du tribunal ou de l'institution en charge de l'organisation de l'arbitrage. Le droit du choix accordé à une des parties à la clause d'arbitrage porte atteinte à la position procédurale de l'autre. Même si l'objectif est justement de privilégier la position de l'une des parties, en l'espèce des cocontractants des transporteurs, cela n'empêche pas que la sentence rendue dans ces circonstances puisse être annulée.

Aussi, la préoccupation initiale des rédacteurs des conventions maritimes d'assurer l'application du régime impératif de celles-ci ne peut-elle pas être satisfaite par cette solution. La portée du principe selon lequel les arbitres n'ont pas de *for a été* méconnue⁵³⁶. Ce principe de l'arbitrage international signifie que, pratiquement, aucune obligation directe n'incombe au tribunal arbitral d'appliquer le droit du siège

⁵³⁵ Art. 20 de la loi type CNUDCI : Lieu de l'arbitrage : « 1. Les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties. », G. MEIJER, "The Rotterdam Rules and the Arbitration", *EJCL* 2010, vol. 2, p. 42 (46, II), O. CACHARD, « La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) », *JDI (Clunet)* 2012, p. 533 (566), Ph. DELEBECQUE, « La Convention sur les contrats internationaux de transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer : "a civil law perspective" », *DMF* 2009, n° 702, p. 335 (337), C. LEGROS, « Les conflits de normes juridictionnelles en matière de contrats de transport internationaux de marchandises (suite) », *JDI (Clunet)* 2007, n° 4, p. 1081 (1113), KOUSSOULIS St., *Διατησία, Ερμηνεία κατ'άρθρο [Arbitrage, Commentaire d'articles]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 2004, p. 221, ALCANTARA J. et al., « Particular concerns with regard to the Rotterdam Rules », April 2010, p. 7 (III), à consulter sur le site : <http://www.comitemaritime.org/Uploads/Rotterdam%20Rules/Particular%20concerns%20-%20Rotterdam%20Rules.pdf> (consulté le 12/03/2014).

⁵³⁶ C. LEGROS, *op. cit.*, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*

au fond du litige⁵³⁷. Sous réserve qu'ils rendent une sentence qui résistera à un recours en annulation dans le pays du siège et qui sera apte à s'inscrire dans l'ordre public du pays où la demande d'exécution sera déposée, les arbitres ont la liberté de choisir le droit applicable au fond, à défaut d'un choix exprès des parties⁵³⁸.

173. – Quant à l'instruction donnée aux arbitres d'appliquer au fond du litige le régime des Règles de Hambourg, elle semble également inopportune. Comme nous l'avons souligné, les arbitres n'ont pas de *for* et conformément aux normes applicables à l'arbitrage, ils sont libres de choisir le droit applicable au litige, à défaut d'un accord des parties. Un indice pour déterminer la loi applicable pourrait être fourni par la loi du pays où les parties envisagent l'exécution de la sentence. Lorsque cet État a adopté cette convention maritime, les arbitres peuvent être amenés à rendre une sentence en conformité avec les Règles et considérer qu'il s'agit du droit le plus « approprié » au litige. Il convient aussi de rappeler que les arbitres ont souvent tendance à recourir à la *lex mercatoria*⁵³⁹ qui englobe ces conventions.

Nonobstant la liberté de choisir le droit qui leur semble le plus « approprié » pour le litige⁵⁴⁰, la seule limite à l'efficacité de leur choix reste l'ordre public international du pays d'exécution de la demande⁵⁴¹. C'est seulement après avoir admis que le

⁵³⁷ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 881, § 1541, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 2111 (2123), Y. DERAÏNS, (rap), "Possible conflict of laws rules and the rules applicable to the substance of the dispute", in P. SANDERS (ed), *UNCITRAL'S Project for a model law on international commercial arbitration*, ICCA Congress Series 1983, N° 2, Kluwer Law and Taxation Publishers 1984, p. 169 (179).

⁵³⁸ Cette position est bien prise en compte par les arbitres qui n'hésitent pas à statuer ainsi, à défaut d'un choix exprès de parties. Lors d'une sentence rendue sous l'administration CAMP, les arbitres ont écarté l'argument du demandeur consistant à appliquer la loi du *for* (en l'espèce, le droit français) ainsi que l'argument du défendeur consistant à appliquer le droit le plus approprié selon les éléments du contrat (à savoir, le droit anglais), et ils ont estimé que choisir le droit applicable est d'« essence internationale », sans avoir besoin de recourir à un droit national. En conséquence, des conventions internationales ont été appliquées afin de résoudre le litige au fond, cf. Convention de 1924 et Convention de Londres (Convention sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes 1976), (Sentence CAMP 1069 du 20 oct. 2002, *DMF* 2003, n° 636, p. 385).

⁵³⁹ J. TRAPPE, "Legal issues in maritime arbitration", in P. SANDERS (ed), *New trends in the development of international commercial arbitration and the role of arbitral and other institutions*, ICCA Congress Series 1982, N° 1, Kluwer 1983, p. 314 (317), Th. CARBONNEAU (ed.), *Lex mercatoria and arbitration, A discussion of the New Law Merchant*, Rev. Ed., New York, Juris Publication, Kluwer Law International, 1998, E. GAILLARD, « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI (Clunet)* 1995, p. 5.

⁵⁴⁰ P. MAYER, « L'application par l'arbitre des conventions internationales », in *L'internalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, p. 275 (280), H. BATIFFOL, « La loi appropriée au contrat », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 1, C. LEGROS, « Les conflits de normes juridictionnelles en matière de contrats de transport internationaux de marchandises (suite) », *JDI (Clunet)* 2007, n° 4, p. 1081 (1097).

⁵⁴¹ Y. DERAÏNS, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 29, Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 875 et suiv., 895 et suiv., § 1534 et § 1557, G. BORN, *op. cit.*, p. 2827 (2837), St.

régime des Règles de Hambourg fait partie de l'ordre public international du pays d'exécution, que les arbitres auraient tout intérêt à les appliquer. Dans un souci de donner une efficacité internationale à leur sentence, le tribunal se préoccupera davantage de cette conception⁵⁴². Ceci dit, ce raisonnement demeure une option laissée à la discrétion des arbitres et ne constitue pas une obligation qui leur est imposée.

174. – En matière d'arbitrage international, le choix du siège et du droit applicable est souvent le résultat d'une négociation entre les parties au contrat. La neutralité du siège de l'arbitrage incite souvent certains opérateurs du commerce international à recourir à l'arbitrage, qui tend ainsi à échapper à un *forum* familier de son adversaire qui se retrouverait pour cette raison en position privilégiée. Certes, à partir du moment où les parties au contrat de transport maritime ne sont pas considérées comme « égales » dans leur pouvoir de négociation, l'intervention du rédacteur international vise à rétablir cet équilibre à travers des moyens juridiques.

Or, l'arbitrage international est conçu et utilisé par des commerçants, acteurs internationaux, qui sont réputés pour leur « sophistication » dans leur domaine d'activité et ont, au moins, l'apparence d'un équilibre de force. Accepter de traiter les « chargeurs » en tant que parties nécessitant l'intervention du législateur national ou international afin de les protéger empêcherait pratiquement de soumettre ces litiges à l'arbitrage international en raison d'un obstacle d'arbitrabilité. Or, cette position ne paraît pas convaincante, surtout pour des litiges qui relèvent d'un domaine du droit où cette méthode de résolution des litiges est traditionnellement privilégiée.

175. – Par ailleurs, plusieurs auteurs s'interrogent déjà sur la nécessité de continuer à « protéger » les opérateurs maritimes vis-à-vis des transporteurs⁵⁴³. L'expansion des

KOUSSOULIS, *Διαίτησία, Ερμηνεία κατ'άρθρο* [Arbitrage, Commentaire d'articles], Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 2004, p. 246.

⁵⁴² Toutefois, en France, certains soutiennent que le fondement véritablement international des arbitres leur permet de prendre en considération l'ordre public réellement international, voire transnational, même en cas de divergence avec la conception locale de l'ordre public international. Cf. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 875 et suiv., 895 et suiv., § 1534 et § 1557.

⁵⁴³ G. MEIJER, "The Rotterdam Rules and the Arbitration", *EJCL* 2010, vol. 2, p. 42 (50, I), Ph. DELEBECQUE, « Le particularisme des contrats maritimes », in *Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 127 (131).

transports maritimes, la professionnalisation des activités économiques, la banalisation du recours à l'arbitrage et les moyens technologiques d'information permettent aux acteurs du commerce maritime d'être avertis en temps utile du contenu exact du contrat de transport et, par conséquent, de ne pas s'assimiler à des parties « faibles » qui exigeraient un traitement semblable à celui-ci réservé aux « consommateurs ».

§2. Les conditions formelles applicables à la convention d'arbitrage

176. – Des conditions strictes régissant la validité et l'opposabilité de la clause compromissoire tendent à assurer la protection des opérateurs présumés faibles, pour le moins, de ceux qui ne sont pas assez sophistiqués en matière d'arbitrage international. Ayant déjà évoqué les raisons qui ont incité les opérateurs à restreindre les effets juridiques des conventions d'arbitrage, il ne nous reste plus qu'à présenter les solutions proposées (A), ainsi que leur opportunité (B).

A. Les solutions proposées

177. – La validité de la clause à l'égard des parties est principalement soumise à une condition de forme. Les Règles de Hambourg semblent exiger la forme écrite *ad validitatem*⁵⁴⁴. En ce qui concerne les Règles de Rotterdam, l'article 3 prévoit que les notifications échangées entre les opérateurs doivent être rédigées par écrit⁵⁴⁵. Or, cet article omet de renvoyer aux dispositions sur l'arbitrage, à l'exception de la notification du tiers porteur de connaissance d'un contrat de volume. Par ailleurs, il est aussi prévu que le document de transport soit émis à titre de preuve du contenu du contrat de transport et que l'inexactitude des éléments contractuels n'affecte pas la validité ni la nature juridique du document qui est celle de *l'instrumentum* du contrat de transport⁵⁴⁶. En articulant les articles consacrés à la clause d'arbitrage, on pourrait comprendre que l'« écrit » ne figure pas parmi les exigences expressément requises pour la validité de la clause. Ainsi, l'existence d'un écrit servira à prouver l'existence

⁵⁴⁴ 22 § 1 R. Hambourg : « Sous réserve des dispositions du présent article, les parties peuvent prévoir, par un accord constaté par écrit, que tout litige relatif au transport de marchandises en vertu de la présente Convention sera soumis à l'arbitrage. »

⁵⁴⁵ Art. 3 R. Rotterdam : « Les avis, confirmations, consentements, conventions, déclarations et autres communications visés aux articles [...], 75, paragraphe 4; [...], se présentent sous forme écrite. Des communications électroniques peuvent être utilisées à ces fins, à condition qu'elles le soient avec l'accord de leur auteur et de leur destinataire. »

de la clause et non pas à la rendre formellement valide. Par ailleurs, la doctrine soutient le recours à la convention internationale applicable spécialement en matière d'arbitrage, à savoir la Convention de New York⁵⁴⁷.

178. – En outre, des conditions précises sont prévues pour l'efficacité des clauses compromissaires à l'égard des tiers. Les instruments internationaux font la distinction entre les tiers porteurs d'un connaissance des lignes régulières, les tiers porteurs d'un connaissance de charte-partie ainsi que les tiers porteurs d'un connaissance des contrats de volume.

La clause d'arbitrage insérée dans un connaissance de lignes régulières peut être invoquée à l'encontre du destinataire et des tiers porteurs du connaissance sans que cela nécessite des conditions spécifiques. Le destinataire peut solliciter un arbitrage sur le transport dans les lieux limitativement autorisés par les conventions maritimes⁵⁴⁸. Selon une interprétation des textes, nous pourrions déduire que la possibilité de choisir le siège de l'arbitrage accorde au destinataire des marchandises un avantage lui permettant d'éviter les risques présumés de la convention d'arbitrage. Ainsi, aucune autre condition particulière n'est exigée, sauf la condition d'écrit qui s'applique *erga omnes*.

Les Règles de Hambourg comme les Règles de Rotterdam ne manquent pas d'encadrer les conditions d'opposabilité aux tiers porteurs de la clause compromissaire du c onnaissance de charte-partie⁵⁴⁹. Les Règles de Hambourg subordonnent l'efficacité de cette clause à une référence expresse à la clause de la charte-partie, qui est incorporée dans le corps du connaissance, ainsi qu'à l'exigence d'une mention claire que son porteur est lié par la clause d'arbitrage⁵⁵⁰. Les Règles de

⁵⁴⁶ Art. 37 et 39 R. Rotterdam.

⁵⁴⁷ G. MEIJER, "The Rotterdam Rules and the Arbitration", *EJCCL* 2010, vol. 2, p. 42 (44).

⁵⁴⁸ Art. 75 §2(b) R. Rotterdam et art. 22 § 3 R. Hambourg combiné avec l'art. 22 § 5 ; ce dernier article rend nulle la stipulation contraire insérée dans la clause.

⁵⁴⁹ R. RICHTER., "Validity of bill of lading arbitration clauses (Hambourg Rules)", in P. SANDERS (ed), *New trends in the development of international commercial arbitration and the role of arbitral and other institutions*, ICCA Congress Series 1982, N° 1, Kluwer 1983, p. 337.

⁵⁵⁰ 22 § 3 R. Hambourg : « *Lorsqu'un contrat d'affrètement contient une disposition prévoyant que les litiges découlant de son exécution seront soumis à l'arbitrage et qu'un connaissance émis conformément à ce contrat d'affrètement ne spécifie*

Rotterdam rajoutent à la condition d'une référence expresse, l'obligation de clairement mentionner sur le document du connaissement la date de la signature de la charte-partie ainsi que les noms des parties au contrat d'affrètement⁵⁵¹. Les rédacteurs ont certainement inséré cette condition dans un souci d'éviter le danger de voir les porteurs de ces documents liés par la clause d'un contrat dont l'identification aurait été impossible⁵⁵².

Finalement, la clause d'arbitrage retrouvée dans les contrats de volumes, prévus par les Règles de Rotterdam, est également soumise à des conditions particulières à l'égard des tiers porteurs des documents de ce type de transport. Bien que ces contrats soient réputés le fruit d'une négociation à forces égales, l'opposabilité de la clause à un tiers est subordonnée à quatre conditions, à savoir : i. le siège prévu dans la clause doit être un des sièges « autorisés » par les Règles, ii. la clause d'arbitrage doit être contenue dans le document de transport, iii. la personne tierce doit être dûment avisée et en temps utile du lieu de l'arbitrage et que iv. le tiers pourrait se voir lié conformément à la loi applicable⁵⁵³.

179. – L'analyse de ces dernières conditions d'efficacité de la clause dans le connaissement de contrat de volume n'est pas facile, à défaut d'une jurisprudence nous permettant de discerner leur contenu exact. Dans la pratique, les circonstances dans lesquelles cette condition, à savoir « dûment avisé, en temps utile », sera satisfaite ne sont pas claires. Toutefois, au moment de la rédaction du texte, les praticiens ont accepté que le porteur soit réputé « dûment avisé », lorsque la clause

pas par une clause expresse que cette disposition lie le porteur du connaissement, le transporteur ne peut pas opposer cette disposition à un détenteur de bonne foi du connaissement. »

⁵⁵¹ Art. 76 § 2 R. Rotterdam : « Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, une convention d'arbitrage dans un document de transport ou dans un document électronique de transport auquel la présente Convention s'applique par le jeu de l'article 7 est soumise au présent chapitre sauf si ce document : a) Identifie les parties à la charte-partie ou à un autre contrat exclu du champ d'application de la présente Convention par le jeu de l'article 6 et indique la date de cette charte-partie ou de ce contrat; et b) Incorpore par référence expresse la clause de la charte-partie ou de l'autre contrat qui contient les termes de la convention d'arbitrage. »

⁵⁵² O. CACHARD, « La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) », *JDI (Clunet)* 2012, p. 533 (567).

⁵⁵³ Art. 75 § 4 R. Rotterdam : « Lorsqu'une convention d'arbitrage a été conclue conformément au paragraphe 3 du présent article [selon les conditions imposées pour les contrats de volumes], une personne qui n'est pas partie au contrat de volume est liée par la désignation du lieu de l'arbitrage dans cette convention uniquement si : a) Le lieu de l'arbitrage désigné dans la convention correspond à l'un des lieux mentionnés à l'alinéa b du paragraphe 2 du présent article; b) La convention est contenue dans le document de transport ou le document électronique de transport; c) Cette personne est dûment avisée, en

figure sur le document du connaissance⁵⁵⁴. Certains ont également expliqué que pour les ventes de marchandises à distance, où les acheteurs doivent payer par lettre de crédit, avant même de recevoir le document de transport, une autre solution devrait être mise en place. L'établissement bancaire devrait envoyer un avertissement lors de l'émission de la lettre de crédit adressée à l'acheteur. Par ailleurs, un acheteur qui ne souhaite pas être lié par une telle clause n'a qu'à contester la validité d'un document de transport la contenant, au moment, soit du paiement de la lettre de crédit, soit de la conclusion du contrat de vente maritime, soit de la signature de tout autre document nécessaire à la réalisation de la vente⁵⁵⁵.

Aussi, il est soutenu que la dernière condition tendant à subordonner l'extension de la clause arbitrale à la loi applicable n'est pas très « *judicieuse* »⁵⁵⁶. Le renvoi effectué par cette règle de conflit, comme quand il s'agit d'établir une règle matérielle, ne permet pas la promotion d'une solution uniforme pour les parties contractantes⁵⁵⁷. L'article ne précise pas la loi applicable à laquelle il fait allusion. Dans un commentaire de la Convention⁵⁵⁸, nous retrouvons qu'il s'agit en effet de l'application de la loi du siège de l'arbitrage ou du for du juge étatique saisi d'une demande en arbitrage. Selon cette analyse, le juge étatique (dont le pays n'a pas adopté les dispositions sur l'arbitrage des Règles de Rotterdam) sera obligé de recourir à son propre droit national pour constater si la clause compromissoire engage une partie tierce au contrat de transport. Si la loi du siège du juge ne permet pas l'extension de la clause d'arbitrage à un tiers, même si les autres conditions de l'article 75 § 4 (a-c) sont réunies, la demande en arbitrage ne sera pas acceptée et le juge sera compétent pour trancher ce litige.

temps utile, du lieu de l'arbitrage; et d) La loi applicable prévoit que cette personne peut être liée par la convention d'arbitrage. »

⁵⁵⁴ AI. ZIEGLER, J. SCHELIN, S. ZUNARELLI, (Ed.), *The Rotterdam Rules 2008*, New York, Kluwer Law International, 2010, p. 327-328.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 327.

⁵⁵⁶ O. CACHARD, « La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) », *JDI (Clunet)* 2012, p. 533 (566).

⁵⁵⁷ J. ALCANTARA et al., « Particular concerns with regard to the Rotterdam Rules », April 2010, (p. 7) <http://www.comitemaritime.org/Uploads/Rotterdam%20Rules/Particular%20concerns%20-%20Rotterdam%20Rules.pdf>

(consulté le 12/03/2014). Contre Ph. DELEBECQUE, « La Convention sur les contrats internationaux de transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer : ‘‘a civil law perspective’’ », *DMF* 2009, n° 702, p. 335 (337).

⁵⁵⁸ AI. ZIEGLER, J. SCHELIN, S. ZUNARELLI, (Ed.), *op. cit.*, p. 328.

Le même raisonnement est suivi, selon ce commentaire de la doctrine, par le tribunal arbitral qui cherche à statuer sur l'engagement du tiers par la clause compromissoire. Or, cette analyse suppose que les arbitres appliquent la loi du siège pour se prononcer sur l'engagement du destinataire. Cette supposition ne va pas de soi en matière d'arbitrage international. Comme nous l'avons déjà souligné, les arbitres n'ont pas de for et appliquent soit la loi convenue par les parties afin de régir le contrat du transport ou même la validité de la clause, soit, à défaut d'un choix exprès, la loi qu'ils jugent appropriée d'appliquer dans le litige en question.

B. L'opportunité des solutions proposées

180. – L'espoir que la nouvelle convention internationale en matière de transport maritime mette fin au contentieux abondant et « nuisible aux intérêts des opérateurs du commerce maritime »⁵⁵⁹, issu de la question de l'engagement des tiers porteurs de connaissements par les clauses compromissoires, a été réfuté. Les conventions maritimes continuent à prendre en considération la position des intérêts cargaison, sans pouvoir établir d'« équilibre procédural » entre les parties. L'équilibre des forces entre les parties se révèle un facteur primordial. Chaque contrat commercial, y compris le contrat de transport maritime entre professionnels, doit faire preuve de cet équilibre, car il constitue un présupposé pour que toute clause compromissoire puisse développer ses effets juridiques dans le cadre du commerce international.

En outre, nous sommes en droit de nous interroger si les conditions formelles imposées par les conventions précitées sont conformes à celles indiquées par les normes susceptibles de régir la clause d'arbitrage en matière d'arbitrage international. Même dans les pays où les conventions maritimes ne sont pas adoptées, la jurisprudence en matière de l'arbitrage maritime exige, depuis longtemps, des conditions formelles strictes pour l'efficacité des clauses compromissoires dans les contrats de transport maritime. Or, cette position jurisprudentielle a introduit un régime permettant l'existence de conventions arbitrales à « deux vitesses ». La jurisprudence française fut le témoin de cet « écart » créé par la juxtaposition, d'une part, des conditions formelles imposées aux clauses d'arbitrage insérées dans les

contrats de transport maritime et, d'autre part, des conditions plus libérales applicables aux clauses insérées dans les autres contrats commerciaux.

181. – La confrontation de ces deux tendances en matière de convention d'arbitrage sera analysée dans la Deuxième Partie de l'étude. Étant donné que les Règles de Rotterdam ne sont pas entrées en vigueur à l'heure actuelle et que les Règles de Hambourg ne s'appliquent pas en tant que convention internationale dans les ordres juridiques en question, seules les conditions prévues par les autres normes susceptibles de s'appliquer constituent le cadre légal de l'efficacité de la clause d'arbitrage à l'égard des juges français, anglais et grec. Toutefois, l'examen des conditions de forme prévues dans ces conventions maritimes entre dans notre champ de recherche afin d'élucider le raisonnement de la jurisprudence qui n'hésite pas à s'inspirer de ces textes pour se prononcer sur l'efficacité de la convention d'arbitrage à l'égard des acteurs du transport maritime.

⁵⁵⁹ C. LEGROS, « Les conflits de normes juridictionnelles en matière de contrats de transport internationaux de marchandises (suite) », *JDI (Clunet)* 2007, n° 4, p. 1081 (834).

CONCLUSION DU TITRE II

182. – Nous avons vu qu'en arbitrage maritime, le principe d'autonomie de la clause compromissoire, selon lequel sa validité doit être examinée conformément aux principes de l'arbitrage international et non pas au droit régissant le contrat de transport, est méconnu. Toutefois, la nature « autonome » de la clause d'arbitrage impose un examen indépendant par rapport aux autres clauses substantielles du contrat. En effet, le régime applicable à la clause compromissoire lui est propre et son traitement est différent des autres clauses du contrat de transport qui sont, quant à elles, soumises au régime particulier du contrat de transport maritime et des titres de transport.

Par l'application de ce même principe, deux conséquences majeures découlent pour la convention d'arbitrage en matière de transport maritime. D'une part, la méthode de la détermination du régime applicable à la clause lui est propre, même si elle suit un raisonnement différent dans chaque ordre juridique (cf. la méthode de la règle de conflit pour les droits anglais et hellénique et la méthode de la règle matérielle pour le droit français).

D'autre part, par une juxtaposition des dispositions introduites dans les conventions maritimes (cf. Règles de Hambourg et Règles de Rotterdam) avec les normes propres en matière d'arbitrage international (cf. Convention de New York et introduction des règles matérielles), nous pouvons constater la primauté de ces dernières. Les conditions qui visent à délimiter l'efficacité des conventions d'arbitrage ne rentrent pas de manière harmonieuse dans les systèmes juridiques en question.

183. – Après avoir déterminé les normes finalement applicables à la clause compromissoire d'un contrat de transport maritime, il convient de rechercher les conditions précises de son efficacité à l'égard des personnes impliquées dans cette opération.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

184. – Pour conclure cette première partie, nous pouvons affirmer que les conventions internationales en matière du transport maritime, se prononçant sur la validité de la convention d'arbitrage envers les opérateurs maritimes, ainsi que les particularités du contrat spécifique contentant ladite convention méconnaissent les spécificités de l'arbitrage international et, notamment, l'importance de cette méthode de résolution de litiges dans le domaine du commerce international. Son libéralisme se heurte au conservatisme du droit maritime qui veille encore à la protection des opérateurs considérés, par ailleurs, sophistiqués dans ce domaine du commerce. Or, la réalité économique du commerce international ne justifie pas une « protection » vis-à-vis d'une clause présumée « neutre » et susceptible de déterminer la méthode de trancher un litige, sans porter préjudice à l'issue du conflit.

La détermination du droit applicable à la convention d'arbitrage dans un contrat de transport maritime a lieu conformément aux normes de l'arbitrage international adoptées au sein de chaque ordre juridique. Les règles de conflits applicables aux droits anglais et hellénique, ainsi que les règles matérielles de la jurisprudence française écartent l'application des conditions strictes à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Par souci de promouvoir la validité de ladite convention et de favoriser l'arbitrage en matière commerciales, les conditions issues d'autres instruments visant à restreindre les effets de la convention d'arbitrage ne sont pas prises en considération par les spécialistes de l'arbitrage international.

Deuxième Partie : L'efficacité de la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime de marchandises

185. – Dans la Deuxième Partie de cette étude, nous présenterons les conditions d'efficacité de la convention d'arbitrage à l'égard des opérateurs du contrat de transport maritime, selon les normes spécifiquement applicables à l'arbitrage international au sein de chaque système juridique. Ainsi, l'efficacité de la clause compromissoire passe, d'une part, par sa validité entre les parties au contrat et, d'autre part, par son opposabilité aux tiers qui participent au contrat de transport⁵⁶⁰. L'efficacité de la convention d'arbitrage à laquelle nous nous attacherons désormais, pose tantôt des questions de forme tantôt des questions relatives au consentement des personnes impliquées dans la réalisation du transport.

L'examen des textes législatifs et jurisprudentiels a fait apparaître deux approches principales. Les systèmes les plus restrictifs privilégient la « forme sous laquelle la volonté »⁵⁶¹ des opérateurs doit être exprimée, adoptant ainsi un « formalisme » pour constater l'efficacité de la clause compromissoire. Dans un système plus libéral, les effets juridiques de la clause compromissoire sont subordonnés uniquement à « la preuve du consentement » des opérateurs susceptibles d'être liés, constatation nous permettant de déduire que le consentement réel (prouvé par tous moyens) est l'unique condition d'efficacité de la convention d'arbitrage.

186. – La distinction entre le formalisme et le consensualisme est fondée sur les exigences précisément requises par chaque ordre juridique. Lorsque l'existence d'un écrit est requise, soit à titre de preuve, soit à titre de validité, le formalisme est conçu

⁵⁶⁰ La notion « efficacité » a été aussi appliquée à l'occasion de la recherche des conditions de validité et d'opposabilité d'une clause attributive de compétence dans l'article suivante : J.-B. RACINE, « L'efficacité des clauses attributives des juridictions stipulées dans un connaissement à l'égard du destinataire des marchandises : la Cour de cassation s'aligne sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *RDC* 2009, n° 3, p. 1193(1195).

⁵⁶¹ J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, LGDJ, 2002, p. 176, § 213.

comme un principe selon lequel le consentement des parties et du destinataire est établi par l'existence d'un écrit. De ce fait, le consentement à la convention d'arbitrage est considéré comme une condition d'efficacité indispensable, mais doit toutefois revêtir la forme écrite. Ainsi, si nous essayons de catégoriser les solutions éventuellement retenues, nous pouvons faire la distinction entre les cas où l'efficacité de la clause compromissoire est soumise, soit au consentement réel des opérateurs sous réserve du respect de certaines formalités (le formalisme *ad validitatem*), soit au consentement réel des opérateurs prouvé par un écrit (le formalisme *ad probationem*), soit, au consentement réel prouvé par tous moyens, sans exiger un écrit (le consensualisme).

187. – Le cas du droit grec rentre sans doute dans la catégorie des droits qui privilégie la forme écrite pour la validité de la clause compromissoire. Nous n'hésitons pas à inclure également le droit anglais dans la catégorie du « formalisme ». Ce dernier, tout en acceptant la validité d'une convention d'arbitrage non-écrite, subordonne son efficacité à une preuve écrite. Bien que la distinction entre la forme à titre de validité et la forme à titre de preuve soit délicate, l'écrit reste une condition indispensable dans le cadre du processus de vérification de l'efficacité de la convention d'arbitrage⁵⁶². Le respect d'une telle formalité vise sans doute à constater la réalité du consentement, à savoir de le prouver ou de le valider. C'est la raison pour laquelle l'étude des conditions d'efficacité de la convention d'arbitrage dégagées par le formalisme englobe à la fois les solutions requises par le droit grec et celles requises par le droit anglais (Titre I).

À l'antipode de cette position, le droit français adopte une approche purement consensualiste, subordonnant l'efficacité de la clause à l'expression sans équivoque du consentement des opérateurs impliqués, et notamment du destinataire des marchandises. Aucune condition formelle n'est requise pour l'efficacité de cette convention. Nous pourrions ainsi envisager les conditions déduites du consensualisme « pur » entériné par le droit français (Titre II).

⁵⁶² Il nous semble que l'écrit exigé à titre de validité et l'écrit exigé à titre de preuve ne sont pas éloignés, pointant pratiquement vers le même objectif : l'établissement du consentement des parties et des tiers par un écrit. Bien que la distinction puisse se heurter à des arguments d'ordre logique, nous ne nous interrogerons pas sur cette classification introduite par la doctrine, car une telle démarche dépasserait largement le cadre de cette étude. V. aussi *infra* n° 191.

TITRE I. L'EFFICACITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AU REGARD DES EXIGENCES DE FORME : LE FORMALISME

188. – A l'inverse du droit français qui a supprimé toute exigence de forme, les droits hellénique et anglais exigent une convention d'arbitrage écrite. Nous examinerons ainsi les exigences formelles requises par les instruments internationaux et les législations nationales pour la clause d'arbitrage ainsi que leur application au contrat de transport maritime de marchandises (Chapitre I). La convention d'arbitrage étant très souvent incorporée par une « référence » dans le document du contrat de transport maritime, il conviendra également d'examiner les conditions requises pour l'efficacité de cette « référence » à l'égard tant du chargeur que du destinataire des marchandises (Chapitre II).

Chapitre I. Les conditions de forme de la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime de marchandises

189. – Le connaissement ou les autres documents de transport sont en principe émis par le transporteur à la demande du chargeur des marchandises. Étant donné la nature consensuelle du contrat de transport, sa formation n'est pas conditionnée à l'émission, ni même à la signature⁵⁶³ de ces documents. La convention peut également résulter d'un échange de messages de télex, même au caractère ambigu ou imprécis, sans jamais prendre la forme d'un connaissement ou d'un « *booking note* », ni d'un autre titre de transport ou d'un document de récapitulation (« *recap* » en anglais). Toutefois, dans le cas où la formation du contrat est suivie par la rédaction d'un « écrit » ou par l'échange de plusieurs « écrits », les clauses contractuelles figurent en principe dans son texte.

Dans tous ces cas de figure, il est intéressant d'étudier le sort de ladite clause qui fait partie du contrat du transport maritime. Plus précisément, la question qui se pose est de savoir si les exigences de forme requises pour la validité de la convention d'arbitrage, tant par les législations nationales que par les instruments internationaux en matière d'arbitrage international (Section I), sont respectées lorsque l'émission des connaissements non signés est prévue ainsi que dans l'hypothèse d'un connaissement « électronique » (Section II).

Section I. Les exigences formelles

190. – Sur la question de la validité formelle de la clause d'arbitrage, il existe une large concordance entre les conventions internationales et les lois nationales qui prescrivent la forme écrite⁵⁶⁴. Le formalisme que la loi impose dans un acte juridique

⁵⁶³ Sur l'exigence d'une signature du connaissement en droit français, v. *infra* n° 201.

⁵⁶⁴ A.G. ALVAREZ, "Article II (2) of the NYC and the Courts", in *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series 1998, N° 9, Kluwer Law International 1999, p. 67, G. HERMANN, "The arbitration agreement as the foundation of arbitration and its recognition by the courts", in *International Arbitration in a Changing World*, ICCA Congress Series 1993, N° 6, Kluwer Law and Taxation 1994, p. 41.

ne constitue pas une fin en soi⁵⁶⁵, mais répond à un objectif précis et déterminé : d'une part, afin de vérifier que les parties ont vraiment consenti à se soumettre à l'arbitrage, et d'autre part, afin de prouver le contenu de la clause et le déroulement de la procédure arbitrale.

La méfiance envers l'arbitrage, exprimée à plusieurs reprises dans le passé, a influencé le régime applicable à cette institution⁵⁶⁶. Le choix d'une convention écrite était justifié dans la mesure où les parties, en consentant à l'arbitrage, acceptaient pratiquement de renoncer à leur droit de recourir au « juge naturel ». L'article 6 de la CEDH et le droit constitutionnel permettant d'avoir accès au juge naturel constituent la raison principale de l'exigence d'un consentement « renforcé »⁵⁶⁷. En réalité, l'« écrit » renforce la preuve de la volonté des parties, portant à la fois sur la renonciation au juge naturel et sur le recours à l'arbitrage. En matière de transport maritime, cet argument est soulevé à maintes reprises afin de convaincre les juges et les arbitres d'appliquer des conditions de forme strictes lors de l'examen de la validité de la clause, notamment à l'encontre d'un tiers porteur du connaissement, n'ayant un contact avec les documents de transport qu'à la fin de l'opération⁵⁶⁸.

Par ailleurs, la détermination par écrit de cette convention des parties (elle contient souvent le droit applicable à la clause, le règlement d'arbitrage selon lequel la procédure aura lieu, etc.) facilite non seulement le bon déroulement de la procédure arbitrale, mais permet aussi d'éviter le contentieux étatique, souvent long et coûteux, portant sur la validité de la clause d'arbitrage soit, lors de l'exécution de la clause, soit, lors de l'exécution de la sentence arbitrale⁵⁶⁹. Or, la présentation succincte des informations sur les titres de transport, lorsqu'ils sont émis, ne permet pas de tirer les informations nécessaires pour le déroulement de l'arbitrage entre les parties. L'interprétation du « silence » des parties, imposé par les usages du transport

⁵⁶⁵ B. OPPETIT, « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990, p. 551.

⁵⁶⁶ V. *supra* n° 90.

⁵⁶⁷ T. LANDAU, «The requirements of a written form for an arbitration agreement: when 'written' means 'oral'», in A. J. VAN DEN BERG (ed.), *International Commercial Arbitration: important contemporary questions*, ICCA Congress Series 2002, N° 11, Kluwer Law international 2003, p. 19 (21 et suiv.).

⁵⁶⁸ *T. W. Thomas & Co, Ltd. v Portsea Steamship Co, Ltd (The Portsmouth)*, (HL), [1910] p. 293, [1911] p. 54, [1912], A.C. 1).

⁵⁶⁹ T. LANDAU, *op. cit.*, p. 23.

maritime et la rapidité des transactions, donne souvent naissance à un contentieux important par rapport au contenu réel de la convention d'arbitrage.

191. – Nous avons également souligné que, tandis que l'objectif d'exiger un « écrit » reste toujours le même, à savoir la constatation du consentement à recourir à l'arbitrage, le degré de cette exigence peut diverger d'un système juridique à l'autre. Ainsi, lorsque le texte juridique exige un « écrit » à titre de validité (*ad validitatem*), la validité de la clause est subordonnée, sous peine de nullité, à l'accomplissement des formalités déterminées par la loi⁵⁷⁰. Si l'écrit est exigé à titre de preuve (*ad probationem*), son absence n'entraîne pas *sine qua non* la nullité de la clause⁵⁷¹. En fonction de la position adoptée, l'interprétation même du formalisme exigé peut également être différente, ce qui permet parfois d'élargir la notion de l'« écrit » afin de favoriser la validité de la clause compromissaire.

192. – Dans un souci de comparer les solutions retenues par les systèmes juridiques eu égard aux conditions de validité de la clause d'arbitrage, il convient de présenter brièvement les solutions internationales (§1), puis celles des lois nationales, qui adoptent la règle du formalisme dans le droit positif (§2).

§1. Le formalisme imposé par les instruments internationaux

193. – En matière de transport maritime, nous l'avons déjà souligné, seules les Règles de Hambourg et de Rotterdam contiennent des dispositions sur l'arbitrage maritime. L'article 22 §1 des Règles de Hambourg indique que « [s]ous réserve des dispositions du présent article, les parties peuvent prévoir, par un accord constaté par écrit, que tout litige relatif au transport de marchandises en vertu de la présente Convention sera soumis à l'arbitrage ». En revanche, l'article 75 §1 des Règles de Rotterdam prévoit que : « [s]ous réserve du présent chapitre, les parties peuvent convenir que

⁵⁷⁰ À cet égard, cf. définition de l'« acte solennel », in G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., PUF, 2011.

⁵⁷¹ A. SAMUEL, *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich, Schulthess, Publication de l'Institut Suisse de droit comparé, 1989, p. 75: l'auteur soutient que la clause reste toujours valable si le consentement des parties peut être prouvé par un autre moyen que l'écrit. Toutefois, il nous paraît difficile de concevoir comment l'absence de la condition formelle pourrait pratiquement ne pas faire l'objet de sanction. Cette question logique mérite une réflexion plus approfondie, à l'occasion d'une autre étude, dans la mesure où elle amène à s'interroger sur le rapprochement entre le « formalisme à titre de preuve » et le « consensualisme ».

tout litige susceptible de naître à propos du transport de marchandises en vertu de la présente Convention sera soumis à l'arbitrage. »

Même si les Règles de Rotterdam restent silencieuses par rapport à la forme de la clause d'arbitrage du contrat de transport⁵⁷², les Règles de Hambourg prévoient explicitement que la clause compromissoire doit revêtir la forme « écrite » (art. 22 §1). Plus précisément, le texte exige l'écrit afin de « constater » le contenu de la clause. Le terme utilisé n'est pas assez précis par rapport à la condition d'exigence de la condition de forme⁵⁷³. La version anglaise des Règles ne laisse cependant aucun doute : « [...] *parties may provide by agreement evidenced in writing that any dispute that may arise relating to carriage of goods under this Convention shall be referred to arbitration.* » Toutefois, l'article 22§2 se prononce clairement sur l'efficacité des clauses d'arbitrage par référence à l'égard des tiers porteurs du document les stipulant. L'écrit exigé pour l'efficacité de la clause pourrait être considéré, soit comme condition de validité de cette clause, soit comme une preuve solide du consentement du tiers porteur à ladite clause. Une interprétation conjointe des articles 22§1 et 22§2 des Règles de Hambourg nous permet de déduire que la forme est exigée *ad probationem*. En effet, la clause d'arbitrage sans référence expresse n'est pas opposable au tiers-porteur de « bonne foi ». Par conséquent, le tiers-porteur dont la connaissance est prouvée par une autre circonstance, se voit lié par ladite clause, par ailleurs valable même sans référence expresse dans le connaissement⁵⁷⁴. Ainsi, la « constatation » de l'accord écrit n'est qu'une condition de preuve du consentement des opérateurs susceptibles d'être liés, et non une condition de validité formelle.

194. – Il a été déjà indiqué que les Règles de Hambourg ne s'opposent pas à l'application des dispositions obligatoires d'« *une autre convention multilatérale déjà en vigueur à la date de la présente Convention et se rapportant à des questions traitées* » par l'article sur les conditions de validité de la clause compromissoire du

⁵⁷² L'article 75 (1) des règles de Rotterdam évite toute référence à l'« écrit », préférant la phrase « [...] *les parties peuvent convenir [...]*. » V. *infra* Chapitre II, n° 361.

⁵⁷³ C. LEGROS, « Les conflits de normes juridictionnelles en matière de contrats de transport internationaux de marchandises (suite) », *JDI (Clunet)* 2007, n° 4, p. 1081 (1109), M. RICCOMAGNO, « The maritime arbitration : general characteristics and its specificity in the mediterranean area », *Leb. Rev. A.* 2000, n° 13, p. 54 (55).

⁵⁷⁴ V. avis contraire J. D. RAY, « L'arbitrage maritime et les Règles de Hambourg », *DMF*1981, p. 643 (646), où l'auteur soutient que « la validité de la clause compromissoire à l'égard du porteur du connaissement est subordonnée à son inclusion explicite dans le document. »

contrat de transport maritime (art. 22)⁵⁷⁵. L'instrument international visé implicitement par cette disposition est la Convention de New York de 1958 qui est déjà en vigueur au moment de la rédaction des Règles et qui contient des dispositions spécifiques sur la formation de la clause d'arbitrage⁵⁷⁶.

La Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales contient une disposition relative à la validité des clauses d'arbitrage. L'article II.2 de la Convention de New York se contente d'exiger une convention « écrite », disposant, dans une formulation assez laconique, que la convention d'arbitrage doit être insérée dans un contrat « [...] *signé par les parties, ou contenu dans un échange de lettres ou de télégrammes* ». Avec cette disposition, la Convention introduit une règle matérielle⁵⁷⁷ qui établit le principe du formalisme pour les clauses compromissoires en matière d'arbitrage international.

Il est admis qu'une interprétation stricte de l'article II.2 impose le formalisme à titre de validité de la clause d'arbitrage⁵⁷⁸. Dans un souci de protéger les parties contre des engagements inconsidérés (cf. la renonciation au juge du droit commun⁵⁷⁹), l'« écrit » constitue le seul moyen de preuve du consentement des parties. Toutefois, cette approche n'empêche pas d'effectuer une interprétation très large de l'« écrit » puisque sont assimilés comme tel des documents non signés par les parties ou encore des documents électroniques assimilés aux documents-support papier⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ Article 25 §2 des R. de Hambourg : « *Les dispositions des articles 21 et 22 de la présente Convention ne s'opposent pas à l'application des dispositions obligatoires d'une autre convention multilatérale déjà en vigueur à la date de la présente Convention et se rapportant à des questions traitées dans lesdits articles, à condition que le différend intéresse exclusivement des parties ayant leur établissement principal dans des États parties à cette autre convention. Cependant, le présent paragraphe n'affecte pas l'application du paragraphe 4 de l'article 22 de la présente Convention.* »

⁵⁷⁶ « Article-by-article comments on the Hambourg Rules », *EurTrL* 1992, p. 585 (623), G. WILNER, « The Revised Hague Rules on Bills of Lading », *Arb. J.* 1977, vol. 32, p. 35, A.J. WALDRON, « The Hambourg Rules – A Boondoggle for Lawyers », *JBL* 1991, p. 305, R. RICHTER, « Validity of Bill of Lading arbitration clauses (Hambourg Rules) », in *New Trends in the Development of international commercial arbitration*, ICCA Congress Series 1982, N° 1, Kluwer 1983, p. 337, A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαιτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 278.

⁵⁷⁷ G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 587 et suiv., St. KOUSSOULIS, *Το δίκαιο της διαιτησίας [Le droit de l'arbitrage]*, Athènes, Sakkoulas, 2006, p. 41.

⁵⁷⁸ A. J. VAN DEN BERG, *The New York Convention of 1958, Towards a uniform judicial interpretation*, Antwerp, Kluwer Law and Taxation, 1981, p. 180 (181), J.- F. POUURET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, LGDJ, 2002, p. 156, § 188.

⁵⁷⁹ V. *supra* n° 100.

⁵⁸⁰ V. *infra* n° 200. J.- F. POUURET, S. BESSON, *op. cit.*, p. 157, § 188, A. J. VAN DEN BERG, *op. cit.*, p. 192.

En raison de l'application de l'article VII de la Convention de New York, considéré au niveau national comme le fondement juridique de l'instauration d'un régime plus favorable encore que celui de la Convention sur l'arbitrage, l'article II.2 pose les exigences de forme maximale qui seraient adoptées par les États signataires, lorsqu'ils légifèrent en matière d'arbitrage international⁵⁸¹. Le rapport de la Commission des Nations Unies sur l'interprétation de l'article II.2 de la Convention de New York a reconnu le principe de la loi la plus favorable déjà posé à l'article VII.1 de la Convention⁵⁸².

Ainsi, lors de l'application de la règle matérielle de l'article II.2 de la Convention de New York, le droit national doit assurer le respect de ce formalisme et ne peut pas se montrer plus restrictif que celui-ci⁵⁸³. Dans la même logique, les législateurs peuvent choisir entre exiger la forme à titre de validité (*ad validitatem*)⁵⁸⁴, ou bien opter pour une solution plus favorable encore à la validité de la clause arbitrale et en faire une condition de preuve (*ad probationem*).

195. – Le formalisme est également adopté par un autre instrument international, qui constitue une source d'inspiration en matière d'arbitrage pour les législations nationales, celui de la loi-type de CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 (révisée en 2006). Ce texte constitue aussi une source d'interprétation de la Convention de New York et plus particulièrement, des conditions de forme exigées pour la clause d'arbitrage tant directe que par référence⁵⁸⁵. Tandis que la version de 1985 exigeait la forme écrite de

⁵⁸¹ ICCA's guide to the interpretation of the 1958 New York Convention, A handbook for judges, ICCA, 2011, p. 43, G. BORN, *op. cit.*, p. 696, C. KESSEDJIAN, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993, *Rev. arb.* 1994, p. 108 (111).

⁵⁸² La Recommandation des Nations Unies précise que « toute partie intéressée » devrait être autorisée à « se prévaloir des droits qu'elle pourrait avoir, en vertu de la législation ou des traités du pays où une convention d'arbitrage est invoquée, de demander que soit reconnue la validité de cette convention. » Cf. « Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York, le 10 juin 1958, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international le 7 juillet 2006, à sa 39^e session », publiée dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément no 17 (A/61/17), annexe II*.

⁵⁸³ Une partie de la doctrine s'oppose à l'application des conditions de forme moins strictes, conformément à la possibilité offerte par l'article VII, lorsque le juge national examine la validité de la clause compromissoire afin de se prononcer sur la compétence du tribunal. Il est soutenu que dans ce cas de figure, l'application d'un régime encore plus favorable à la validité formelle de la clause entraînerait des conflits entre juridictions étatiques et arbitrales sur l'autorité compétente (voir J.- F. POUDRET, S. BESSON, *op. cit.*, p. 155, § 187). La question se pose notamment au sein du droit français qui a supprimé toutes les exigences de forme imposées par la Convention de New York. La règle matérielle de la jurisprudence française est appliquée par les juges français à tout moment lorsqu'ils se prononcent sur la validité de la clause, avant ou après l'émission de la sentence.

⁵⁸⁴ Alors que l'écrit est exigé à titre de validité, la sanction de l'absence de l'écrit, à savoir la nullité, n'est pas absolue. La clause compromissoire peut être validée ultérieurement si les parties comparaissent devant le tribunal arbitral et si elles déposent leurs mémoires par écrit. La thérapie de la nullité ou de l'absence de preuve écrite est prévue par la loi (art. 7 § 4 de la loi 2735/1999 grecque, art. 5 § 5 Arbitration Act 1996).

⁵⁸⁵ Report of the United Nations Commission on international trade law on the work of its thirty-ninth session, 19 June-7 July 2006, A/61/17, § 166.

la convention d'arbitrage, l'article 7 a été modifié à la suite de la révision de 2006⁵⁸⁶. Désormais, la loi-type offre le choix entre deux dispositions sur la validité formelle de la clause d'arbitrage : l'une consistant à retenir l'exigence de forme, mais interprétée de manière assez libérale ; l'autre supprimant toute exigence de forme afin de s'adapter à l'évolution de la pratique de l'arbitrage international⁵⁸⁷.

Tandis que le texte relatif à l'Option I reste assez explicatif, contenant un panel de clauses considérées comme « écrites », l'Option II de la loi-type, insérée par la révision de 2006, se contente de donner à la convention d'arbitrage une définition assez générale. L'article 7 sous l'Option II, intitulé « *Définition de la convention d'arbitrage* », dispose qu'« [u]ne 'convention d'arbitrage' est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. »

L'absence de toute référence à la forme de la clause d'arbitrage dans l'Option II précitée est liée à un souci de dispenser la clause de toute condition formelle, celle-ci exigeant désormais uniquement la preuve de la réalité du consentement des parties⁵⁸⁸. Cette position, récemment insérée dans la loi-type, rejoint sur ce point les Règles de Rotterdam : elles aussi, récemment rédigées, adoptent une formulation assez large et évitent toute mention de forme pour la clause d'arbitrage. On pourrait déjà discerner, dans ces textes, l'assouplissement de la règle du formalisme et la direction vers le consensualisme, suite à un alignement sur les solutions juridictionnelles qui suppriment toute exigence de forme par rapport à la validité d'une clause compromissoire⁵⁸⁹. Pourtant, ce libéralisme⁵⁹⁰ est

⁵⁸⁶ La loi-type avec les amendements adoptés en 2006 :

http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf

⁵⁸⁷ L'idée principale de cette dualité des solutions proposées par la loi-type réside dans le fait que les deux options correspondent aux deux approches adoptées par les différents systèmes juridiques lors de l'interprétation de l'article II.2 de la Convention de New York. Les lois nationales qui ont supprimé toute exigence de forme écrite pour la convention d'arbitrage risqueraient de se trouver en contradiction avec une seule option de la loi-type exigeant une convention écrite, même interprétée de manière libérale, mais toujours soumise à un certain degré de formalisme. V. Report of the United Nations Commission on international trade law on the work, op. cit., § 164 et suiv.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, § 163 et suiv., G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 606.

⁵⁸⁹ V. *infra* n° 357, par rapport à la position du droit français de l'arbitrage.

⁵⁹⁰ V. *infra* n° 350.

rarement appliqué aux conventions d'arbitrage insérées dans les contrats de transport maritime. Le strict formalisme reste la règle⁵⁹¹.

196. – Sous l'empire du formalisme de la règle matérielle de l'article II.2 de la Convention de New York, soutenu par la loi-type de CNUDCI, les droits nationaux ont prescrit de manière concrète les conditions formelles de validité de la clause d'arbitrage directe et par référence dans le contrat de transport maritime.

§2. Le formalisme imposé par les législations nationales

197. – Les solutions législatives grecques et anglaises se conforment à la condition de forme et reconnaissent sa primauté dans leur système juridique. Le droit positif résiste toujours à l'abandon de l'exigence d'une convention arbitrale « écrite » ou, du moins, à l'exigence d'une convention « prouvée par un écrit ». En revanche, en droit français, le minimum d'un écrit exigé sporadiquement⁵⁹², jusqu'à l'arrêt *Dalico*⁵⁹³, a divisé la doctrine qui hésitait tout de même à voir dans cette jurisprudence la reconnaissance d'un certain formalisme.

Inspiré par la loi-type de CNUDCI de 1985, le droit grec s'est aligné sur l'exigence de la règle matérielle de l'article II.2 de la Convention de New York. L'article 7 de la loi grecque 2735/1999⁵⁹⁴ prévoit que la convention d'arbitrage doit être « [...] *sous forme écrite et peut être consignée dans un document signé ou dans un échange de lettres, de communications de télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunication qui en atteste l'existence.* [...] » (art. 7 § 3). Par ailleurs, la loi précise que la forme est respectée lorsque la clause a été conclue verbalement et a été par la suite enregistrée dans un document qui n'a pas été contesté par les parties en temps utile (art. 7 § 4). La forme écrite est exigée *ad validitatem*^{595, 596}.

⁵⁹¹ V. *infra* n° 376 et suiv.

⁵⁹² Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1990, (*Cassia*), *Rev. arb.* 1990, p. 851, (2^{ème} esp.), note J. H. MOITRY, C. VERGINE, *JDI (Clunet)* 1992, p. 168, note E. LOQUIN, 11 oct. 1989, (affaire *Bomar Oil I*), *Rev. arb.* 1990, p. 134, note C. KESSEDJIAN, *JDI (Clunet)* 1990, p. 633, note E. LOQUIN.

⁵⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 20 déc 1993, (*Dalico*), *JDI (Clunet)* 1994, p. 432, note E. GAILLARD, p. 690, note E. LOQUIN, *Rev. arb.* 1994, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663, note P. MAYER.

⁵⁹⁴ Le texte de cet article reprend pratiquement l'article 7 de la loi-type de CNUDCI.

⁵⁹⁵ Art. 7 de la loi 2735/1999 (qui reprend la formulation de la loi-type de CNUDCI). Cf. St. KOUSSOULIS, *Διαιτησία, Ερμηνεία κατ'άρθρο [Arbitrage, Commentaire d'articles]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 2004, p. 175 et suiv., *Id.*, *To δίκαιο της διαιτησίας [Le droit de l'arbitrage]*, Athènes, Sakkoulas, 2006, p. 40 et suiv., M. TSIKOURI, « Ζητήματα τύπου της συμφωνίας περί διαιτησίας (κατά τον ΚΠολΔ και τη Σύμβαση της Νέας Υόρκης) », [« Questions de forme de la

Quant au législateur anglais, il a également adopté un certain degré de formalité, en stipulant dans l'article 5 de l'*Arbitration Act*, l'exigence d'une convention « écrite »⁵⁹⁷. La définition de la convention « écrite » correspond aux cas mentionnés dans la loi-type de la CNUDCI. Toutefois, le droit anglais a dérogé à la loi-type et a rajouté le cas où l'accord oral se référant à des conditions écrites équivaut à un accord écrit⁵⁹⁸.

Ainsi, bien que l'application de la loi anglaise de 1996 soit subordonnée à l'existence d'une « convention écrite », sa définition est très large, ce qui permet d'inclure même les accords oraux qui sont prouvés par un « écrit »⁵⁹⁹. Cette interprétation large peut être aperçue comme une tentative d'assouplir l'exigence d'un écrit *ad validitatem* et de considérer l'écrit comme une « preuve », parmi d'autres, de la convention d'arbitrage⁶⁰⁰.

convention d'arbitrage (selon le CPC et la Convention de New York)], (12) ΔΕΕ 1998, p. 1198. Un avis contraire est exprimé par An. DIMOLITSA, « Οι διαφοροποιήσεις του Ν 2735/1999 περί Διεθνούς Εμπορικής Διατησίας από τον Πρότυπο Νόμο UNCITRAL » [« Les différenciations entre la loi 2735/1999 sur l'arbitrage commercial international et la loi-type de CNUDCI »], (13) ΔΕΕ 1999, p. 1249 (1252 II, 1253 I), où l'auteur reconnaît le caractère *ad probationem* à la forme requise selon la loi-type reprise dans la loi grecque en arbitrage international.

⁵⁹⁶ L'exigence d'un écrit à titre de validité ne semble pas être absolue dans le droit grec, car des exceptions peuvent être constatées lors de l'efficacité de la convention d'arbitrage. À cet égard, il convient de souligner que la loi grecque reconnaît comme valable l'accord oral des parties contenu dans l'échange des conclusions en demande ou des conclusions en réponse et que l'existence d'une convention d'arbitrage est alléguée par l'une des parties et n'est pas contestée par l'autre (Art. 7 § 4 loi grecque). Aussi, l'absence d'une convention écrite peut-être suppléée par la présence des parties devant le tribunal arbitral, lorsqu'elles ne contestent pas sa compétence (Art. 7 § 7 loi grecque).

⁵⁹⁷ Art. 5 A.A. : “(1) *The provisions of this Part apply only where the arbitration agreement is in writing, and any other agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this Part only if in writing. The expressions “agreement”, “agree” and “agreed” shall be construed accordingly.* (2) *There is an agreement in writing— (a) if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties), (b) if the agreement is made by exchange of communications in writing, or (c) if the agreement is evidenced in writing.* (3) *Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing.* (4) *An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement.* (5) *An exchange of written submissions in arbitral or legal proceedings in which the existence of an agreement otherwise than in writing is alleged by one party against another party and not denied by the other party in his response constitutes as between those parties an agreement in writing to the effect alleged.* (6) *References in this Part to anything being written or in writing include its being recorded by any means.*” [Nous soulignons.]

⁵⁹⁸ Il suffit que l'accord oral soit prouvé. Les rédacteurs de la loi anglaise voulaient notamment inclure le cas d'un arbitrage selon la convention de sauvetage de Lloyd's (*Lloyd's Open Form*). V. par la suite la jurisprudence *Zambia* (*infra*).

⁵⁹⁹ *Zambia Steel & other v James Clark & other*, CA, [1986] 2 *Lloyd's Rep.* 225, 234, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 611.

⁶⁰⁰ Par ailleurs, la convention arbitrale non « écrite » est exclue du champ d'application de l'Act de 1996, mais n'est pas automatiquement invalide. (V. C. AMBROSE, K. MAXWELL, *London maritime arbitration*, London, LLP, 1996, p. 22). Une convention orale (et non prouvée par un « écrit ») peut rester valable sous le régime de *Common law* (voir *Arbitration Act 1996*, article 5.3 et 81.1.b., DAC Report, § 36, *Abdullah v Mareb Yemen Insurance and Tomem*, QBD, [1997] 2 *Lloyd's Rep.* p. 738, *Jarvis Sons & plc v Gaillard Homes Ltd*, QBD, [2000] B.L.R. 33 : convention d'arbitrage oralement conclue peut, en principe, être efficace selon les principes de *Common law*. Adde R. MERKIN, L. FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, 4th ed., London, Informa, 2008, p. 28, 29. En effet, une convention d'arbitrage conclue oralement exclue l'application de l'*Arbitration Act*, ce qui « le privera des facilités offertes par celui-ci. » V. J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, LGDJ, 2002, p. 167, § 199. L'article 81 prévoit clairement cette possibilité d'application du régime de *Common law* aux conventions orales Art. 81, §1.b *Arbitration Act*. : “*Nothing in this Part shall be construed as*

198. – Tandis qu'en droit français interne de l'arbitrage, la forme est toujours exigée à titre de validité⁶⁰¹, en droit international, l'existence ou non d'un formalisme a suscité un vif débat. Jusqu'à la suppression de toute exigence de forme pour la clause compromissoire en matière internationale, suivant la règle matérielle énoncée dans l'affaire *Dalico*⁶⁰², (et bien avant l'adoption du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011), seul l'ancien article 1499 CPC (nouvel article 1515 CPC) abordait indirectement la question de la forme, puisqu'il exigeait la production de la sentence arbitrale accompagnée de la convention d'arbitrage à propos de la reconnaissance et de l'exécution des sentences⁶⁰³.

En raison du flou de la disposition législative, une discussion vive a eu lieu au sein de la jurisprudence et de la doctrine pour déterminer s'il était nécessaire de constater la convention par écrit ou si une convention orale pourrait suffire. Deux positions principales ont été adoptées : d'une part, pour certains auteurs, la loi devait être interprétée comme introduisant une condition de forme requise *ad probationem* ; d'autre part, selon une partie de la doctrine divergente, les dispositions de la loi française n'imposaient aucune exigence de forme⁶⁰⁴.

La majorité des auteurs se prononçaient, à l'époque, en faveur de la deuxième solution jugée plus conforme à l'esprit libéral de la réforme de 1981⁶⁰⁵. Parmi les

excluding the operation of any rule of law consistent with the provisions of this Part, in particular, any rule of law as to – a. matters which are not capable of settlement by arbitration; b. the effect of an oral arbitration agreement; [...]."

⁶⁰¹ Art. 1443 CPC (toujours en vigueur) : « A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale. » Le décret de 2011 a repris la solution jurisprudentielle qui consacre une conception souple de la notion d'écrit, exigé par ailleurs, à titre de validité. V. Ch. JARROSSON, J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5 (11), Th. CLAY, « « Liberté, Egalité, Efficacité » : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage, Commentaire article par article (Première Partie) », *JDI (Clunet)* 2012, n° 2, p. 443 (469). Toutefois, l'ancien article 1449 CPC imposait que le compromis soit « [...] constaté par écrit », formule qui permettrait l'interprétation de l'« écrit » comme un moyen de preuve. Après le décret de 2011, aucune exigence de forme n'est directement prévue pour le compromis, mais, il doit, à peine de nullité, préciser l'objet du litige (cf. nouvel art. 1445 CPC).

⁶⁰² Cass. 1^{ère} civ., 20 déc 1993, (*Dalico*), *JDI (Clunet)* 1994, p. 432, note E. GAILLARD, p. 690, note E. LOQUIN, *Rev. arb.* 1994, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663, note P. MAYER.

⁶⁰³ Ancien article 1499 alinéa 1 CPC : « L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité. »

⁶⁰⁴ Cf. dans ce sens Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 384 et suiv., J.- F. POUURET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, LGDJ, 2002, p. 152, §183, M. BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, Joly éditions, 1990, p. 477, n° 572, T. LANDAU, "The requirements of a written form for an arbitration agreement: when 'written' means 'oral'", in A. J. VAN DEN BERG (ed.), *International Commercial Arbitration: important contemporary questions*, ICCA Congress Series 2002, N° 11, Kluwer Law International 2003, p. 19 (55), B. OPPETIT, « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990, p. 551 (566).

⁶⁰⁵ P. BELLET, E. MEZGER, « L'arbitrage international dans le Nouveau Code de procédure civile », *Rev. crit. DIP* 1981, p. 611 (622)

arguments avancés pour soutenir cette position, soulignons notamment que l'ancien article 1443 CPC exigeant l'écrit sous peine de nullité en droit interne était de caractère supplétif pour le droit international. L'ancien article 1495 CPC précisait que dans le cadre de l'arbitrage international, les dispositions applicables à l'arbitrage interne ne s'appliquaient qu'à défaut d'une convention particulière. Or, la conclusion d'une convention orale aurait été interprétée comme une dérogation implicite à l'exigence d'une convention écrite⁶⁰⁶.

Cette position majoritaire de la doctrine française a été confirmée par la règle matérielle posée dans la jurisprudence *Dalico*⁶⁰⁷, avant d'être consacrée clairement dans le Code de procédure civile modifié par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 qui a finalement supprimé toute exigence de forme pour la validité de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international⁶⁰⁸. Par conséquent, contrairement aux droits grec et anglais, le droit français ne fait plus partie des systèmes juridiques qui adoptent le formalisme en matière de convention d'arbitrage.

198 *bis*. – Il est aussi intéressant d'observer que les centres d'arbitrage maritime se prononcent rarement, dans leurs règlements, sur la forme de ladite convention. La *London Maritime Arbitrators Association* ne prévoit pas de condition de forme dans son règlement et indique qu'à défaut d'un accord contraire des parties, le droit anglais s'applique à la convention d'arbitrage (art. 6 a. *LMAA Terms*⁶⁰⁹). Quant au règlement de l'Association d'arbitrage maritime du Pirée (*Piraeus Association for Maritime Arbitration*), il a repris les conditions de validité de forme d'une convention d'arbitrage prévues par la loi grecque relative à l'arbitrage international⁶¹⁰. Enfin, concernant la Chambre d'arbitrage maritime

⁶⁰⁶ P. BELLET, E. MEZGER, *op. cit.*, p. 627, E. LOQUIN, note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 oct. 1989, *JDI (Clunet)* 1990, p. 633 (642), D. COHEN, « La soumission de l'arbitrage international à la loi française (commentaire de l'article 1495 CPC) », *Rev. arb.* 1991, p. 155 (185), Cass. 1^{ère} civ., 18 fév. 1992, *Rev. arb.* 1993, p. 103, obs. J-H. MOTRY. D'autres arguments à l'appui de cette position sont à noter, à savoir, par exemple, que la nullité de la clause compromissoire pour vice de forme ne figurait pas parmi les causes d'annulation d'une sentence arbitrale. Par ailleurs, l'interprétation large de l'ancien article 1499 CPC (nouvel article 1515 CPC) précité, qui exigeait la production du document contenant la convention d'arbitrage, permettait au juge de l'exequatur de se satisfaire de la production d'autres modes de preuve adaptés au cas d'absence d'un écrit. V. E. MEZGER, « Dix questions relatives au titre VI du Livre IV CPC », *Rev. arb.* 1981, p. 543 (544).

⁶⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 20 déc 1993, (*Dalico*), *JDI (Clunet)* 1994, p. 432, note E. GAILLARD, p. 690, note E. LOQUIN, *Rev. arb.* 1994, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663, note P. MAYER.

⁶⁰⁸ Nouvel Art. 1507 CPC : « [1]a clause d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme. »

⁶⁰⁹ Art. 6 *LMAA Terms* (en vigueur depuis le 1 janvier 2012): "In the absence of any agreement to the contrary the parties to all arbitral proceedings to which these Terms apply agree: (a) that the law applicable to their arbitration agreement is English and; (b) that the seat of the arbitration is in England."

⁶¹⁰ *Maritime Arbitration Rules of Piraeus Association for Maritime Arbitration*: « Article 4 [Form and binding force of the arbitration agreement]. 1. The arbitration agreement shall be in writing. 2. An agreement is in writing if it is contained in a

de Paris, l'article 1 du règlement adopté en 2012 prévoit que la compétence de la Chambre est désignée « *par une convention d'arbitrage intervenant avant ou après la naissance du litige, incluse dans un ou plusieurs contrats ou distincte de celui-ci ou de ceux-ci* ». Il semble que l'exigence d'une convention écrite n'est pas complètement abandonnée, contrairement à la loi française de l'arbitrage international⁶¹¹.

199. – Dans le cadre du formalisme adopté par les deux ordres juridiques précités et par les règlements des centres d'arbitrage maritime, ainsi que de la notion élargie attribuée à la condition d'un « écrit », il convient de s'interroger sur la satisfaction à ces exigences des clauses compromissoires insérées dans les documents de transport maritime.

Section II. L'application des conditions de forme à la convention d'arbitrage du contrat de transport maritime

200. – Dans les systèmes juridiques qui ont adopté un certain formalisme pour la validité de la clause compromissoire, l'exigence d'un « écrit » ne fait pas de doute. La définition de sa notion reste cependant à déterminer. Il est important de pouvoir qualifier d'« écrit », les moyens utilisés dans la pratique maritime afin de stipuler les clauses du contrat ainsi que la clause compromissoire. La signature du titre de transport qui contient la convention d'arbitrage écrite n'est pas une condition *sine qua non* pour satisfaire la forme écrite (§1). Une autre question qui se pose concernant le transport maritime consiste à savoir si la clause compromissoire incluse dans un document électronique, notamment un connaissement « électronique », satisfait également à ces exigences de forme (§2).

document signed by the parties, in an exchange of letters, telex, telegrams, faxes, emails or other means of telecommunication which provide a record of the agreement. An agreement is also in writing, if an oral arbitration agreement is recorded in a document which was communicated by one party to the other, or by a third party to the parties, and the contents of such document, in respect of which no objections were put forward within a reasonable time, may be regarded as terms of the agreement in accordance with business practice. 3. An arbitration clause contained in a bill of lading is binding on the carrier, the shipper and the subsequent holders of the bill of lading. In particular, with regard to the relationship between the carrier and the shipper, this provision only applies if the charter-party made between the carrier and the shipper does not provide otherwise. »

⁶¹¹ La disposition laisse cependant une marge d'interprétation assez large permettant de valider une clause insérée dans un document séparé. Toutefois, il nous semble que la saisine d'un tribunal au sein de la Chambre arbitrale maritime de Paris ne pourra pas avoir lieu sur le fondement d'une convention d'arbitrage non écrite. En effet, contrairement à la loi française

**§1. Le formalisme des titres de transport « papier » : la signature du
connaissance**

201. – L'exigence d'une signature sur le document du connaissance, en tant que titre négociable et apte à circuler entre les mains d'un tiers, a fortement influencé l'interprétation de la condition de forme - imposée par les textes précités - à la clause compromissaire. À partir du moment où une signature devait être apposée sur le titre de transport, la conception large de l'« écrit » est devenue difficile à envisager.

202. – Malgré les questions soulevées dans les systèmes juridiques de *civil law*⁶¹², la signature et l'écrit ne constituent pas, en droit anglais, des conditions de validité tant pour le contrat de transport que pour la clause compromissaire. Dans cet ordre juridique, les contrats commerciaux, incluant le contrat de transport maritime, sont consensuels. L'exigence d'un écrit a laissé la place à la validité des accords même verbaux en matière du commerce international. Ainsi, le contrat de transport entre le chargeur et le transporteur est considéré comme formé préalablement à l'émission du connaissance⁶¹³. La validité du contrat n'est conditionnée ni par la rédaction du connaissance ni par la signature des parties initiales.

203. – En droit grec, la signature du connaissance n'étant pas exigée, cela posait des questions de compatibilité avec une clause d'arbitrage qui, avant l'adoption de la loi grecque du 2735/1999 sur l'arbitrage international, était subordonnée à la condition de signature. En effet, même si les signatures du transporteur ou du chargeur figuraient en principe sur le corps du connaissance⁶¹⁴, celle du réceptionnaire des marchandises ou du porteur du titre n'était pas exigée comme condition de validité.

qui a supprimé toute obligation d'écrit pour la validité de ladite convention, le règlement de cette Chambre n'a pas adopté le choix du législateur. V. *infra*, n° 360.

⁶¹² Notamment les droits grec et français, objet de notre démonstration.

⁶¹³ Ch. DEBATTISTA, *Sale of Goods Carried by Sea*, Sevenoaks, Butterworths, 1990, p. 138, S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 83, § 7.02, *Pyrene Co Ltd v Scindia Steam Navigation Co Ltd*, [1954] 2 *Q.B.*, p. 402 (419), [1954] 1 *Lloyd's Rep.* p. 321, [1954] 2 *All E.R.*, p. 158, *SS Ardennes (Cargo Owners) v SS Ardennes (Owners)*, (KBD), [1951] 1 *Q.B.*, p. 55.

⁶¹⁴ Art. 168, §1 et §2 CMDP grec, A. KIANTOU-PAMPOUKI, *Navtikó Díkaiο [Droit maritime]*, 3^{ème} éd., Thessalonique, Sakkoulas, 1993, p. 319.

Pour justifier l'exigence d'une signature requise pour la validité de la clause compromissoire insérée dans le connaissance, il a été soutenu que celle-ci était détachée de la fonction du document en tant que titre représentatif⁶¹⁵. Ainsi, même si les signatures ne constituaient plus une condition de validité pour le titre cambiaire, la validité de la clause compromissoire était toujours subordonnée à la signature des parties. L'exigence d'un « écrit » en tant que condition de validité (*ad validitatem*), adoptée par l'ancien code de la procédure civile (art. 869 § 1 al. b en matière d'arbitrage interne et international), a été interprétée comme l'exigence d'un « écrit signé ». Pour que la clause compromissoire soit valable, elle devait figurer dans un échange de documents, de *télex* ou de *téléfax* « signés ».

La nécessité d'une signature pour l'incorporation valable des clauses par référence au document du connaissance, non obligatoirement signé, avait inévitablement suscité des interrogations⁶¹⁶. Par ailleurs, l'existence d'une clause stipulée par une simple référence écrite dans un document non signé n'était pas valable⁶¹⁷. Faute de stipulation précise dans la loi grecque, la clause contenue dans des échanges de messages électroniques, même avec une signature électronique, n'était pas considérée comme valide⁶¹⁸.

203 *bis*. – La loi actuelle sur l'arbitrage international en droit grec précitée a toutefois supprimé toute exigence de signature, considérant comme valable la clause qui figure sur un document même non signé⁶¹⁹. Cette évolution législative a permis, au moins dans le principe, d'harmoniser le régime de validité du connaissance maritime et

⁶¹⁵ I. MARKOU, *To δίκαιο της θαλάσσιας φορτωτικής [Le connaissance en droit grec]*, Athènes – Komotini, A. N. Sakkoulas, 2004, p. 229.

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ Dans ce sens, la décision de la Cour d'appel grecque (Εφετείο Αθηνών) 1518/1994 (*Dike* 1995, p. 392) a annulé la décision de la Cour de première instance [Μονομελές Πρωτοδικείο] du 5730/1988 ayant prononcé l'exécution d'une sentence rendue par un Tribunal arbitral siégeant à Paris parce que le document qui contenait la clause compromissoire n'était pas signé par l'une des parties au contrat. Toutefois, la Cour de cassation grecque [Άρειος Πάγος] 544/1996 a annulé la décision de la Cour d'appel qui a méconnu l'interprétation de l'article II.2 de la Convention de New York applicable en l'espèce. Cf. A. DIMOLITSA, « Σχετικά με τη διάκριση «εγγράφου» και «υπογραφής» εν όψει της δεσμευτικότητας της διαιτητικής συμφωνίας (με απορμή την απόφαση ΑΠ 544/1996, ΔΕΕ 1997, 733) » [« De la distinction de l'« écrit » et de la « signature » par rapport à la validité d'une convention d'arbitrage (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation [grecque] 544/1996, ΔΕΕ 1997, p. 733], ΔΕΕ 1997, p. 785.

⁶¹⁸ M. TSIKOURI, « Ζητήματα τύπου της συμφωνίας περί διαιτησίας (κατά τον ΚΠολΔ και τη Σύμβαση της Νέας Υόρκης) », [« Questions de forme de la convention d'arbitrage (selon le CPC et la Convention de New York), (12) ΔΕΕ 1998, p. 1198 (1201).

⁶¹⁹ Cf. art. 7 de la loi grecque 2735/1999 (reprenant l'article 7 de la loi-type de CNUDCI de 1985) précitée.

celui de la validité formelle de la clause compromissoire, dans ce sens où la signature ne constitue plus une condition formelle de validité.

Toutefois, des voix, certes minoritaires n'ont pas hésité à se prononcer contre l'évolution législative précitée. Dans une décision rendue en 2007, relative à l'exception d'incompétence soulevée devant le juge grec et qui était en faveur d'une clause d'arbitrage insérée dans un connaissance de charte-partie, la validité de la clause a été subordonnée à la forme écrite, uniquement satisfaite avec la signature du connaissance par toutes les parties⁶²⁰. En l'espèce, les juges ont développé un raisonnement assez long afin de justifier la condition de la signature, bien qu'elle ne soit plus exigée sur le connaissance en tant que titre cambiaire. Il est intéressant de préciser que le juge introduit l'exigence de la signature sur le fondement des articles du Code de procédure civile applicable aux accords dérogeant à la compétence du juge⁶²¹. Nous n'observons aucune référence à la Convention de New York, ni même à la loi 2735/1999, textes spécifiquement applicables à la convention d'arbitrage.

Le caractère inopportun de cette décision judiciaire n'est pas seulement mis en évidence par l'observation précitée. Bien que les connaissances litigieux contiennent non seulement une clause d'arbitrage (spécifiquement mentionnée sur le connaissance) mais également la signature du destinataire, les juges ont rejeté son efficacité. Le juge étatique a développé l'argument selon lequel le consentement du destinataire n'était pas clair par rapport à la clause compromissoire, puisque la signature apposée sur le connaissance, bien après la formation du contrat, démontrait l'acceptation du destinataire de recevoir la marchandise et pas nécessairement son acceptation de recourir à l'arbitrage. Il convient de préciser que les deux parties se sont fondées sur le droit grec afin de rechercher les conditions de validité de la clause d'arbitrage par référence.

Cette décision semble s'inscrire dans la logique jurisprudentielle retenue en matière de clause de juridiction, en application de l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968

⁶²⁰ Cour d'appel du Pirée [Εφετείο Πειραιώς] 944/2007, *E.N.A.* 2008, t. 36, n° 1, p. 15.

⁶²¹ Les articles 42 et 43 CPC grec sont l'équivalent de l'article 41 CPC français, offrant aux parties la possibilité de convenir, par un accord exprès, que leur différend sera jugé par une juridiction autre que celle matériellement compétente.

relatif à la détermination de la validité d'une telle clause⁶²². Bien que les conditions de forme prévues par cet article soient moins strictes, notamment en cas de relations d'affaires antérieures entre les parties litigieuses, l'exigence de vérifier la réalité du consentement est toujours requise. Le consentement semble faire l'objet d'un examen distinct par rapport à la condition de forme imposée par la loi. Ainsi, il a été décidé que la signature du destinataire, tout en respectant une formalité nécessaire, ne suffisait pas à prouver le consentement de celui-ci à la clause d'arbitrage. Toutefois, en suivant ce raisonnement nous ne trouvons aucune réponse à la question rationnellement posée de savoir, quel comportement ou quel indice de la part du destinataire, au-delà de sa signature, aurait été suffisant pour prouver le consentement recherché.

La jurisprudence grecque a eu l'occasion de se prononcer contre cette décision et de renverser cette solution malvenue. Dans un litige similaire, impliquant l'émission d'un connaissement de charte-parties et contenant une clause d'arbitrage sur le connaissement signé par le destinataire, les juges ont accepté que la signature du destinataire au connaissement fût suffisante pour prouver tous les termes et conditions insérés dans le document contractuel. Ainsi, son acceptation couvrait aussi la clause compromissoire⁶²³.

204. – La loi française de 1966⁶²⁴ portant réforme en droit du transport maritime a maintenu la règle du Code de commerce de 1807 qui exigeait que le connaissement soit signé par le chargeur et le transporteur⁶²⁵. La nature de cette règle a déclenché une controverse parmi les spécialistes du droit maritime⁶²⁶. Pour certains, ce formalisme fut une condition de validité du connaissement et du contrat de transport incorporé dedans, tandis que pour d'autres, la signature était la preuve de l'accord du chargeur d'adhérer aux conditions du transport⁶²⁷. Ce débat s'est reflété dans le raisonnement des juges par rapport à la validité de la clause d'arbitrage et de

⁶²² Cour d'appel du Pirée [Εφετείο Πειραιώς] 1012/2002, *E.N.A.* 2003, t. 31, n° 1, p. 51, Tribunal de grande instance du Pirée [Π. Πρωτ. Πειρ.] 649/2000, *E.N.A.* 2001, t. 29, n° 1, p. 20.

⁶²³ Cour de cassation grecque [Άρειος Πάγος] 1320/2009, *ΔΕΕ* 2009, n° 12, p. 1369.

⁶²⁴ Loi n° 66-420 du 18 juin 1966, *JO* 24 juin 1966, complétée par le décret du 31 décembre 1966, n° 66-1078, *JO* 11 janv. 1967, et le décret du 23 mars 1967, n° 67-268, *JO* 27 mars 1967.

⁶²⁵ Art. 282 C. com. 1807 : « *Chaque connaissement est fait en quatre originaux [...]. Les quatre originaux sont signés par le chargeur et par le capitaine dans les vingt-quatre heures après le chargement.* »

Art. 37 D. 1966 : « *Chaque connaissement est établi en deux originaux au moins, un pour le chargeur et l'autre pour le capitaine.*

Les originaux sont signés par le transporteur ou son représentant et par le chargeur, au plus tard dans les vingt-quatre heures après le chargement. »

⁶²⁶ G. POCHON, « Le connaissement non signé du chargeur », *DMF* 1959, p. 324.

juridiction. L'exigence de la signature du chargeur pour la validité de la clause de compétence n'était que le corollaire de cette position formaliste adoptée par rapport à l'exigence de la signature du chargeur apposée sur le connaissement⁶²⁸.

Toutefois, des contestations sérieuses ont été exprimées à l'égard de cette interprétation formaliste. L'argument principal se basait sur le fait que la signature n'était qu'un moyen de preuve, dont l'absence n'était pas sanctionnée par l'invalidité du document de connaissement⁶²⁹. Le contrat de transport était un contrat consensuel, dont la validité n'était pas liée à l'émission ni à la validité formelle du document de transport. L'exigence de la signature du connaissement ne pouvait être expliquée que comme un moyen fiable de manifester l'accord du chargeur aux clauses du contrat de transport contenues dans le connaissement⁶³⁰. En effet, il a été rappelé qu'en matière commerciale, l'écrit s'inscrivait sur le « terrain probatoire »⁶³¹ et que la preuve pouvait être fournie par tous les moyens.

Dans cette perspective, la jurisprudence a évolué en acceptant que la signature ne soit exigée qu'à titre de preuve et donc, qu'en l'absence de signature du chargeur, le connaissement restait valide. Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence⁶³² a clairement retenu que la signature du chargeur « *n'est pas prescrite à peine de nullité, mais seulement de preuve* ». La signature n'est plus traitée comme une condition de forme *ad validitatem* ni du titre de transport ni du contrat en soi. Elle est désormais considérée comme un des moyens de preuve de l'acceptation de ce dernier par le chargeur.

Bien que la validité du contrat de transport maritime soit désormais admise même en présence d'un connaissement non signé, il a été soutenu que cette interprétation ne pouvait pas s'étendre aux clauses dérogeant au droit commun. Dans cette catégorie de

⁶²⁷ M. REMOND-GOUILLOUD, *Le droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, Ed. Pédone, 1993, p. 346 et suiv., n° 533.

⁶²⁸ Cass. req., 2 mars 1909, S. 1909, 1, p. 384, D. 1912, 1, p. 259, Cass. civ., 20 mai 1912, S. 1912, 1, p. 368, D. 1912, 1, p. 259, à propos d'une clause de compétence.

⁶²⁹ Cf. P. SAFA, « Eléments pour une théorie des preuves en droit maritime », *DMF* 1986, p. 588 (601).

⁶³⁰ M. REMOND-GOUILLOUD, *Le droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, Ed. Pédone, 1993, p. 347, R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II*, Paris, Dalloz, 1968, p. 70, § 457.

⁶³¹ R. RODIERE, *ibid.*, p. 105 (106), § 478.

⁶³² Aix-en-Provence, 24 juin 1970, *Navire Eleni*, *DMF* 1970, p. 679, *DMF* 1971, p. 75 (80), obs. P. BONASSIES.

clauses se retrouvaient notamment des clauses de compétence, à savoir les clauses attributives de juridiction et les clauses compromissoires, traitées conjointement pendant cette période. Ainsi, la validité de ces clauses était toujours soumise à l'acceptation du chargeur, exprimée par sa seule signature apposée au connaissement⁶³³.

Toutefois, l'interprétation de la signature en tant que moyen de preuve du consentement du chargeur au contrat de transport, a influencé la jurisprudence française qui a accepté finalement la validité de la clause attributive de juridiction en l'absence de signature. Lorsque la signature n'était pas insérée comme une condition de validité du contrat de transport et du connaissement, selon le droit applicable, la clause de compétence pouvait être également valable en l'absence de toute signature⁶³⁴. Ainsi, la régularité de la forme du document de connaissement était suffisante pour la validité de la clause de compétence⁶³⁵.

La suppression de l'obligation de la signature sur le connaissement, par le décret du 12 novembre 1987⁶³⁶, a certainement renforcé la position déjà prise par la jurisprudence vers la reconnaissance de la validité de la clause compromissoire au contrat de transport maritime indépendamment de la signature des parties. Dépourvu de toute exigence de formalité, le connaissement reste valable et accomplit sa fonction en tant que preuve du contenu du contrat de transport maritime. La signature peut toujours servir de preuve écrite et probante du consentement du chargeur de la clause de compétence⁶³⁷.

205. – La position finalement adoptée aurait dû être identique, même si la signature restait toujours une condition de validité du connaissement et non pas une condition

⁶³³ Trib. com. Havre, 13 nov. 1973, *Navire Neptune Amethyst*, DMF 1974, p. 361, Rouen, 23 juin 1983, DMF 1983, p. 684.

⁶³⁴ Rouen, 7 nov. 1955, *Navire Strype*, DMF 1957, p. 246, Trib. com. Marseille, *Navire Palizzi*, 14 janv. 1955, DMF 1956, p. 182, où le juge reconnaît que la convention de Bruxelles n'exige pas, à peine de nullité, la signature du connaissement et « [...] ne distingue pas entre les stipulations se rapportant à la compétence et celles relatives à l'exécution du contrat de transport. »

⁶³⁵ A. KPOAHOUN-AMO USSOU, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, Thèse Université Aix-Marseille 3, PUAM, 1999, p. 188.

⁶³⁶ Décret n° 87-922 du 12 novembre 1987, Art. 2 : « *Les originaux [du connaissement] sont signés par le transporteur ou son représentant.* »

⁶³⁷ Le besoin de remplacer la signature du chargeur par « [...] un autre mécanisme propre à assurer qu'il en bien été informé, le cas échéant, de l'existence de clauses exorbitantes et qu'il les a acceptées » est une autre question. Cf. M. REMOND-GOUILLOU, *Droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, Ed. Pédone, 1993, p. 347, n° 533.

de validité de la clause compromissoire. Dans ce cas de figure, la clause y figurant ne devrait pas être annulée en raison de l'absence de cette formalité exigée pour la validité du contrat principal. Il convient de rappeler l'effet du principe d'autonomie de la clause compromissoire, dont la conséquence est de faire échapper la convention d'arbitrage aux « vicissitudes du contrat de fond »⁶³⁸. Ce principe oblige à constater la validité de la clause conformément aux normes spécifiquement applicables à celle-ci, à savoir, soit, aux textes législatifs qui exigent un « écrit » dans le sens large du terme, donc non nécessairement signé, soit à la règle matérielle qui disperse la clause de toute condition formelle.

§2. *Le formalisme du connaissance « électronique »*

206. – Depuis quelques années, les opérateurs du secteur du transport maritime ont exprimé leurs préoccupations face au dysfonctionnement des connaissances et des titres de transport en version papier. Les documents papiers présentent le double inconvénient d'augmenter le coût⁶³⁹ de la transaction de transport et de circuler moins vite que les marchandises⁶⁴⁰. À la recherche d'une alternative, les praticiens ont privilégié la « dématérialisation »⁶⁴¹ des documents de transport maritime et ont encouragé le développement des systèmes d'échange de données informatisées (EDI)⁶⁴².

⁶³⁸ Ph. FOUCARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 376, § 595 : les auteurs critiquent la jurisprudence *Cassia* (Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1990, (*Cassia*), *Rev. arb.* 1990, p. 851, (2^{ème} esp.), note J. H. MOITRY, C. VERGINE, *JDI (Clunet)* 1992, p. 168, note E. LOQUIN) ayant retenu la nullité de la clause compromissoire en raison du non-respect des conditions de forme imposées pour la validité formelle du contrat principal.

⁶³⁹ Les coûts liés à l'utilisation de documents papiers ont été évalués à près de 7 % du coût total d'une opération de transport. Source : O. CACHARD, « Le connaissance électronique : du document au registre informatique. Approche des difficultés liées à la dématérialisation », Source : <http://www.lexmaritima.net/travaux/billovlad.html> (consulté le 12/03/2014).

⁶⁴⁰ A. KIANTOU-PAMPOUKI, « Current developments concerning the form of bills of lading », *RHDI* 47 (1994), p. 257 (272), *Id.*, « Ζητήματα από την ηλεκτρονική φορτωτική » [Réflexions sur le connaissance électronique], in *7^e Colloque hellénique en Droit Commercial, L'application de la technologie moderne en droit commercial*, Sakkoulas, Athènes-Komotini, 1998, p. 155 (156).

⁶⁴¹ Il s'agit de l'expression anglaise : « *paperless* ». V. à cet égard, O. CACHARD, « Formalisme et dématérialisation du connaissance », *Droit de l'Informatique et des Télécoms* 1998, vol. 3, Doctrine, p. 24, Ph. GARO, « La dématérialisation documentaire maritime une réalité juridique désormais concrète », *Gazette de la Chambre*, n° 4 – Hiver 2010/2011, p. 8.

⁶⁴² Dans le transport maritime, l'initiative consistait à remplacer, dans un premier temps, la Lettre de Transport Maritime (LTM), titre non négociable, par un EDI, afin de créer un « connaissance électronique ». V. O. CACHARD, « Le connaissance électronique : du document au registre informatique. Approche des difficultés liées à la dématérialisation », *op. cit.*

Dans ce contexte, ils ont surtout encouragé la normalisation de l'utilisation des connaissements électroniques non négociables⁶⁴³. Les titres non négociables dépourvus de la fonction (essentielle) de représentation de la marchandise ne circulent pas entre les mains des tiers. Ainsi, l'utilisation des données électroniques pour ces types de titres a été favorisée justement en raison de l'absence de cette caractéristique de négociabilité.

207. – Toutefois, le connaissement ou le titre de transport négociable est le seul à susciter des questions, puisqu'il est censé circuler entre les mains de plusieurs personnes impliquées dans l'opération du transport maritime. Le connaissement électronique négociable fait l'objet de nombreuses études de la part des experts et des organisations⁶⁴⁴. Malgré la tendance à l'informatisation des documents au niveau international, des objections ont été exprimées sur la base de l'incompatibilité de la négociabilité d'un document de transport maritime avec la forme électronique. Or, une forme strictement écrite est imposée pour ce type de documents (avec l'émission d'originaux et, pendant un moment, comme nous l'avons vu, l'obligation d'apposer une signature), dans un souci de préserver la sécurité des transactions commerciales⁶⁴⁵. Cet objectif est principalement satisfait grâce au format papier des documents émis pour leur circulation entre les mains de tiers⁶⁴⁶. L'expansion de la communication électronique ne laisse pas indifférent au sort des clauses d'arbitrage insérées dans ces documents électroniques.

À l'initiative des organisations internationales, de nombreux efforts ont été réalisés afin de surmonter les problèmes posés par la dématérialisation des documents négociables du transport maritime. La loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique, adoptée en 1996 (et révisée en 1998 avec le nouvel article 5*bis* ajouté),

⁶⁴³ Les « *Data Freight Receipt* » ou les « *Express Cargo Bills* » sont les connaissements électroniques non négociables les plus utilisés dans la pratique. V. P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 673. La législation grecque ne régleme nte pas spécifiquement les LTM électroniques non négociables, pourtant les parties peuvent, par un accord entre elles, les utiliser pour le transport. Privées de la fonction de négociabilité et de la qualification des documents commerciaux, les LTM électroniques ne sont pas pourtant largement utilisées dans la pratique en Grèce. V. A. KIANTOU-PAMPOUKI, « Current developments concerning the form of bills of lading », *op. cit.*, p. 262.

⁶⁴⁴ Ph. GARO, « Éclaircissements sur la notion de document électronique de transport dans les règles de Rotterdam », *Scapel-R.D.C.M.T.* 2011, n° 3, p. 175, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *op. cit.*, p. 674.

⁶⁴⁵ Ch. PAMPOUKIS, « Η αξιολογική ενσωμάτωση μπροστά στη σύγχρονη τεχνολογία, Προβληματισμός σχετικά με τη θάλασσα φορτωτική », [« Les documents négociables et les nouvelles technologies, Réflexion sur le connaissement maritime »], *Επισκ.Ε.Δ.* Γ/2007, p. 679.

⁶⁴⁶ St. KOUSSOULIS, « The electronic bill of lading: related issues in Greek law », (47) *RHDI* 1994, p. 277 et suiv.

a poursuivi les efforts déjà entrepris par des modèles contractuels, tels que les règles de CMI⁶⁴⁷ et du projet Boléro⁶⁴⁸. Ces modèles ont proposé des formules et des systèmes technologiques ayant pour objectif de concilier la forme électronique et les caractéristiques de la négociabilité des connaissements.

Une présentation exhaustive du fonctionnement de ces systèmes contractuels d'échange d'informations électroniques dépasserait l'objet de notre étude. En revanche, il est important de souligner que, technologiquement parlant, des techniques existent pour mettre en place des procédures sécurisées garantissant qu'une seule personne pourra avoir accès aux informations confidentielles du document électronique et exercer ainsi des droits sur les marchandises, assurant la négociabilité d'un connaissement électronique⁶⁴⁹.

208. – Sur le plan juridique, la loi-type de CNUDCI de 1996 sur le commerce électronique vise à faciliter l'utilisation de communications sans support papier, « *en offrant une égalité de traitement à l'information sur support papier et support électronique* »⁶⁵⁰ face aux exigences de forme adoptées par plusieurs systèmes juridiques. L'article 5 énonce le principe de non-discrimination⁶⁵¹, selon lequel : « [1] *'effet juridique, la validité ou la force d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données.* » Ce principe affirme que les documents électroniques peuvent satisfaire aux exigences de forme que les législations nationales imposent aujourd'hui sous certaines conditions⁶⁵².

⁶⁴⁷ S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 202, §13.16, M. GOLDBY, "The CMI Rules for electronic bills of lading reassessed in the light of current practices", *LMCLQ* 2008, p. 56, Ch. PAMPOUKIS, *op. cit.*, p. 687, A. KIANTOU-PAMPOUKI, « Ζητήματα από την ηλεκτρονική φορτωτική » [Réflexions sur le connaissement électronique], in 7^e Colloque hellénique en Droit Commercial, *L'application de la technologie moderne en droit commercial*, Sakkoulas, Athènes-Komotini, 1998, p. 155 (157).

⁶⁴⁸ S. GIRVIN, *op. cit.*, p. 206, §13.24, W. H. VAN BOOM, "Certain legal aspects of Electronics Bills of Lading", 32 *ETL* 1997, p. 9. V. aussi le site internet du projet Boléro : <http://www.bolero.net>

⁶⁴⁹ E. CAPRIOLI, R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *JDI (Clunet)* 1997, n° 2, p. 323, O. CACHARD, « Le connaissement électronique : du document au registre informatique. Approche des difficultés liées à la dématérialisation », Source : <http://www.lexmaritima.net/travaux/billovlad.html> (consulté le 12/03/2014).

⁶⁵⁰ http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

⁶⁵¹ V. aussi l'article 8 de la « Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux » (reprenant l'article 5 de la loi-type précité).

⁶⁵² E. CAPRIOLI, R. SORIEUL, *op. cit.*, p. 380, Ph. GARO, « Éclaircissements sur la notion de document électronique de transport dans les règles de Rotterdam », *Scapel-R.D.C.M.T.* 2011, n° 3, p. 175, *Loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996*, Publications des Nations Unies, 1999, p. 53.

L'article 5bis, adopté par la Commission en 1998, est allé plus loin dans le principe de non-discrimination, en l'appliquant tant aux informations incorporées dans le document électronique qu'aux informations incorporées « par référence ». Le texte prévoit que « [l]'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle n'est pas incorporée dans le message de données supposé produire ces effets juridiques, mais qu'il y est uniquement fait référence ». L'objectif de cet article était d'assimiler la valeur juridique des informations incorporées par référence⁶⁵³ aux clauses incorporées par référence dans les documents papier⁶⁵⁴.

Lors de la rédaction de cet article 5bis, l'adoption d'une norme pour l'incorporation des messages de données dans d'autres messages de données a été jugée fondamentale pour la sécurité et la promotion du commerce électronique. L'article veille à ce que les normes applicables à l'incorporation des clauses dans les documents papier s'appliquent aussi aux documents électroniques, évitant ainsi la coexistence de régimes hétérogènes. L'incorporation par référence des données électroniques est aussi favorisée par la rapidité et l'efficacité que le système technologique offre en ce qui concerne l'accessibilité à l'intégralité du texte auquel le document électronique fait référence.

Selon le Guide de la loi-type de CNUDCI sur le commerce électronique, le domaine du transport maritime est le contexte dans lequel les documents électroniques sont le plus susceptibles d'être utilisés⁶⁵⁵. L'objectif des articles 16 et 17 de la loi-type est de transposer le régime des titres de transport électroniques non négociables à celui des documents électroniques négociables. L'article 17§ 3 admet qu'un ou plusieurs messages de données électroniques peuvent transmettre les droits et les obligations normalement incorporés à un titre en version papier (cf. la fonction essentielle du titre de transport négociable), « à condition qu'une méthode fiable soit utilisée pour rendre uniques le message ou les messages en question ». La solution d'une

⁶⁵³ Les informations non reproduites dans leur totalité sur le document électronique principal sont incorporées par référence à un autre document électronique. Le mécanisme de renvoi reste le même tant pour les documents papier que pour les documents électroniques. Selon cette logique, il est soutenu que le régime applicable doit aussi rester similaire.

⁶⁵⁴ V. *infra* Chapitre II, n° 303, sur l'analyse de la problématique par rapport aux clauses d'arbitrage insérées par référence dans un contrat de transport maritime.

harmonisation du régime applicable au connaissement non négociable et du connaissement négociable repose principalement sur la possibilité d'assurer un système technologique « fiable » et « capable » de préserver les droits des opérateurs du transport maritime comme c'est le cas jusqu'à aujourd'hui avec le connaissement papier, et dans la mesure où il le permet.

Ainsi, la loi-type sur le commerce électronique vise à instaurer une équivalence entre documents-papier et messages électroniques. Dans ce cadre, elle invite les États à adopter des dispositions qui traiteraient de manière uniforme, d'un point de vue de la reconnaissance juridique, tous les documents de transports négociables ou non, papier ou électroniques, des connaissements directs ou sous l'exécution des chartes-parties.

209. – En toute cohérence avec la solution précitée, les Règles de Rotterdam reprennent le régime uniforme instauré par la loi-type sur le commerce électronique. Les règles prévoient l'émission de titres de transport sur papier et en version électronique également⁶⁵⁶. Le traitement du titre de transport électronique s'est aligné sur celui du titre de transport papier. Les Règles de Rotterdam, comme tous les autres textes de la CNUDCI, proposent et favorisent l'adoption d'un régime uniforme pour tous les types de documents de transport.

300. – En matière d'arbitrage commercial, la forme « électronique » des documents contenant la clause d'arbitrage ne satisferait pas à la forme « écrite » exigée par la Convention de New York, à moins qu'une interprétation large fût requise. L'utilisation des documents électroniques est généralisée dans l'arbitrage du commerce international et notamment dans la pratique maritime. Cet aspect a été pris en compte par le rapport de la Commission des Nations Unies relative à l'interprétation de l'article II.2 de la Convention de New York, qui recommande que

⁶⁵⁵ *Loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996*, Publications des Nations Unies, 1999, § 110.

⁶⁵⁶ Article 8 et suivant des R. Rotterdam. V. Ph. GARO, « La dématérialisation documentaire maritime une réalité juridique désormais concrète », *Gazette de la Chambre*, n° 4 – Hiver 2010/2011, p. 8 (9), *Id.*, « Éclaircissements sur la notion de document électronique de transport dans les règles de Rotterdam », *Scapel-R.D.C.M.T.* 2011, n° 3, p. 175.

les cas d'exigence de forme décrits dans cet article ne soient pas exhaustifs⁶⁵⁷. Ainsi, l'interprétation élargie accordée à cette disposition permet d'inclure à la notion de l'« écrit », un enregistrement électronique.

301. – La version de 1985 de la loi-type de la CNUDCI en atteste. L'article 7 § 2 (de la loi-type de 1985) disposait sur ce point que : « *La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. [...]* »⁶⁵⁸.

Pendant longtemps, la phrase soulignée ci-dessus était interprétée de manière large afin d'inclure l'admissibilité de la forme « écrite » des documents électroniques⁶⁵⁹. Avec l'adoption de la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique et l'introduction d'un régime uniforme pour les documents sur support papier et les documents électroniques, la voie était ouverte pour l'insertion d'une règle qui allait traiter de manière uniforme les clauses d'arbitrage insérées dans des documents électroniques ou papier.

Ainsi, le nouvel article 7 de la loi-type de la CNUDCI de 2006 sur l'arbitrage international, en interprétant, de manière toujours très large, la convention « écrite » d'arbitrage, inclut expressément dans cette notion les documents sous forme « électronique ». L'article 7 § 4 de la loi-type CNUDCI de 2006 prévoit ainsi : « *Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement ; le terme 'communication électronique' désigne toute*

⁶⁵⁷ « Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York, le 10 juin 1958, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international le 7 juillet 2006, à sa 39^e session », publiée dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément no 17 (A/61/17), annexe II. V. infra* n° 308.

⁶⁵⁸ [Nous soulignons.]

⁶⁵⁹ H. HOLTZMANN, J. NEUHAUS, *A guide to the Uncitral Model Law on international commercial arbitration: Legislative History and Commentary*, Deventer/ Boston, The Hague : T.M.C. Asser Instituut, 1989, p. 263.

communication que les parties effectuent au moyen de messages de données ; le terme 'message de données' désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie ».

Le système de transmission de données électroniques mentionné dans cet article est le même que celui qui est proposé et utilisé pour les connaissements électroniques. Ainsi, on pourrait admettre que la clause d'arbitrage insérée dans un connaissement électronique peut valablement satisfaire à l'exigence du formalisme. Il suffit d'utiliser un système électronique fiable et capable d'assurer la sécurité de la transaction et l'identité des parties ainsi que des marchandises sous transport.

302. – En l'absence de toute condition de forme en droit français, le connaissement électronique ne soulève pas de questions particulières relatives à sa forme, ni, par ailleurs, relatives à la preuve du consentement réel des parties. En conséquence, la forme électronique dont la clause compromissoire est éventuellement revêtue n'influe pas sur le débat de sa validité dans le système juridique français.

En ce qui concerne le droit anglais, l'article 5 (2) de l'*Arbitration Act* prévoit qu'il s'agit d'une convention d'arbitrage écrite, une convention « écrite » ou « prouvée par un écrit ». Les paragraphes 4 et 6, lus ensemble, considèrent comme « preuve par un écrit » tout enregistrement effectué par tout moyen, incluant toutes formes de messages électroniques⁶⁶⁰.

La loi grecque 2735/1999 reprend l'article 7 de la loi-type de la CNUDCI de 1985 et l'interprétation consacrée à ce lui-ci afin d'admettre l'admissibilité d'un enregistrement électronique⁶⁶¹. Par ailleurs, l'exigence du droit grec d'une signature sur la convention d'arbitrage insérée dans un document électronique peut aussi être

⁶⁶⁰ C. AMBROSE, K. MAXWELL, *London maritime arbitration*, London, LLP, 1996, p. 29, R. MERKIN, L. FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, 4th ed., London, Informa, 2008, p. 28.

⁶⁶¹ St. KOUSSOULIS, *Διαιτησία, Ερμηνεία κατ'άρθρο [Arbitrage, Commentaire d'articles]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 2004, p. 174.

satisfaite à la suite de l'introduction de l'article 3.I du décret présidentiel 150/2001⁶⁶² qui a assimilé la signature électronique à une signature manuscrite, selon des conditions bien précises dans le texte de la loi.

302 *bis*. – Malgré l'initiative de la CNUDCI sur ce sujet, le traitement uniforme des documents-papier et des messages électroniques n'est aujourd'hui pas assuré par les juridictions nationales en raison des insuffisances manifestées par les systèmes technologiques proposés. Tandis que, sur le plan juridique, les systèmes anglais et grec sont préparés à accueillir le connaissance électronique et à admettre la validité d'une clause arbitrale par référence conclue sous forme électronique, sur le plan technologique, le système proposé pour les connaissances électroniques voit sa fiabilité mise en cause⁶⁶³.

Du point de vue de l'arbitrage international, la clause compromissoire d'un connaissance électronique est admissible au regard des conditions de forme, en application des instruments internationaux et des textes législatifs existants. La pratique démontrera si un tel connaissance peut véritablement exercer la fonction de négociabilité et si sa circulation entre les mains des tiers porteurs peut être sécurisée.

Reste maintenant à étudier la règle du formalisme du point de vue du mécanisme de « renvoi ». La jurisprudence est abondante sur la question de l'incorporation au document de transport d'une clause compromissoire par référence, ainsi que sur celle de son efficacité à l'égard du destinataire.

⁶⁶² Il s'agit du décret présidentiel (en grec « προεδρικό διάταγμα ») qui a transposé en droit grec la Directive 99/93/CE sur les signatures électroniques. Cf. G.A. GEORGIADIS, *Η σύναψη συμβάσεως μέσω του διαδικτύου [La formation en ligne d'une convention]*, 2003, p. 163 et suiv., K. N. CHRISTODOULOU, *Ηλεκτρονικά έγγραφα και ηλεκτρονική δικαιοπραξία [Documents électroniques et acte juridique électronique]*, 2004, p. 89 et suiv.

⁶⁶³ Ch. PAMPOUKIS, « Η αξιογραφική ενσωμάτωση μπροστά στη σύγχρονη τεχνολογία, Προβληματισμός σχετικά με τη θαλάσσια φορτωτική », [*« Les documents négociables et les nouvelles technologies, Réflexion sur le connaissance maritime »*], *Επισκ.Ε.Δ.* Γ/2007, p. 679 (687), St. KOUSSOULIS, « The electronic bill of lading: related issues in Greek law », (47) *RHDI* 1994, p. 277 (287).

Conclusion du Chapitre I

303. – La tendance dominante au regard des instruments internationaux ainsi que des législations étatiques est de subordonner la validité de la convention d'arbitrage à des conditions formelles. Après avoir déterminé le formalisme comme le principe qui impose l'écrit, soit à titre de preuve du consentement à l'arbitrage, soit à titre de validité de ce dernier, nous avons recherché son application dans la pratique maritime. La forme requise pour la validité de la convention d'arbitrage s'est souvent confrontée aux formalités imposées aux titres de transport. En effet, une interprétation élargie des règles applicables à la convention arbitrale ainsi que plusieurs modifications législatives ont dû avoir lieu afin d'aligner le régime du formalisme de la convention d'arbitrage à celui des titres de transport maritime. C'est dans ce contexte que la pratique est parvenue à dissocier l'exigence de l'« écrit » par la « signature », ainsi que d'assimiler l'« écrit » à une forme électronique.

Nous verrons par la suite que le résultat de cette interprétation large de la condition de forme fut l'admission de la convention d'arbitrage « par référence », et ce même sur un document représentatif des marchandises, tel que le connaissement.

Chapitre II. L'efficacité de la convention d'arbitrage « par référence » dans le contrat de transport maritime de marchandises

304. – Dans la catégorie des conventions d'arbitrage, celle insérée par référence dans le contrat de transport maritime attire principalement l'attention, tant de la jurisprudence que de la doctrine. Il s'agit notamment, soit du cas où un titre de transport, le plus souvent un connaissement de lignes régulières, qui renvoie aux conditions générales du transport établies par le transporteur et publiées sur son site internet ou sur un document conservé dans ses locaux, soit du cas d'un connaissement qui fait référence à la charte-partie.

Il convient de présenter les dispositions législatives qui précisent les conditions de validité d'une clause d'arbitrage par référence à l'égard des parties au contrat de transport maritime, et notamment du chargeur, (Section I), avant de se lancer dans l'analyse de la jurisprudence maritime concernant l'efficacité de cette clause envers le destinataire des marchandises (Section II).

Section I. La validité de la convention d'arbitrage par référence au contrat de transport maritime de marchandises

305. – Avant de déterminer les conditions de validité d'une clause d'arbitrage par référence figurant dans le connaissement du contrat de transport maritime (§2), il convient de présenter brièvement le cadre législatif adopté par les trois systèmes juridiques étudiés et dont l'interprétation est requise (§1).

§1. Les conditions de forme de la convention d'arbitrage par référence

306. – La convention d'arbitrage par référence n'échappe pas à la condition formelle imposée par les textes juridiques (A). Toutefois, la question qui se pose par rapport à la clause par référence est de savoir quel type de référence, une référence générale ou expresse, est exigé afin de satisfaire à cette condition (B).

A. Les textes juridiques

307. – La particularité de la clause par référence réside dans le mécanisme de renvoi effectué par le contrat objet du litige à des conditions générales, ou, à un autre acte. En l'espèce, la clause d'arbitrage n'est pas directement insérée dans le titre de transport, mais figure dans les conditions générales ou dans un autre document⁶⁶⁴. La question qui se pose est de savoir si le formalisme des conventions internationales, et notamment de l'article II.2 de la Convention de New York, est respecté en présence d'une clause incorporée par référence.

Dans les Règles de Hambourg, la validité des clauses par référence à la charte-partie est admise lorsque la référence contenue dans le connaissement est « expresse » et le destinataire est informé de celle-ci⁶⁶⁵. S'agissant de la clause insérée dans les conditions générales établies par le transporteur, ce texte ne précise cependant pas si la référence expresse est également exigée pour l'engagement du chargeur ou même, pour celui du porteur d'un connaissement de lignes régulières.

Les Règles de Rotterdam, quant à elles, ont prévu les conditions selon lesquelles le porteur d'un connaissement de charte-partie peut être lié. Même si les Règles n'exigent pas une forme écrite pour la validité de la clause compromissoire⁶⁶⁶, elles subordonnent l'engagement du tiers porteur à une référence (écrite) expresse à la clause d'arbitrage de la charte-partie et à l'obligation de préciser dans le document du connaissement la date de signature de la charte-partie et les parties à celle-ci. Par ailleurs, pour les parties à un contrat de volume, en plus de la condition de la référence expresse, les Règles insèrent une obligation d'information du tiers « en temps utile »⁶⁶⁷.

308. – Toutefois, la Convention de New York de 1958 ne se prononce pas directement sur la « clause d'arbitrage par référence » qui reste en dehors de la lettre du texte, *expressis*

⁶⁶⁴ X. BOUCOBZA, « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1998, p. 496.

⁶⁶⁵ Article 22 §2 R. Hambourg : « *Lorsqu'un contrat d'affrètement contient une disposition prévoyant que les litiges découlant de son exécution seront soumis à l'arbitrage et qu'un connaissement émis conformément à ce contrat d'affrètement ne spécifie pas par une clause expresse que cette disposition lie le porteur du connaissement, le transporteur ne peut pas opposer cette disposition à un détenteur de bonne foi du connaissement.* » [Nous soulignons.]

⁶⁶⁶ V. *supra* n° 160.

⁶⁶⁷ Articles 75 § 4 et 76 § 2 R. Rotterdam, précités.

*verbis*⁶⁶⁸. L'interprétation large du texte de la Convention a cependant favorisé la solution consistant à soumettre ces clauses à la même règle matérielle du formalisme que les clauses prouvées par écrit ou par un échange de documents⁶⁶⁹. Aujourd'hui, il est unanimement accepté, tant par la doctrine que par la jurisprudence, que les clauses par référence entrent dans le champ d'application de la Convention⁶⁷⁰.

À la lumière de la règle du formalisme, la validité de l'incorporation de la clause compromissoire est recherchée en fonction du caractère de la « référence »⁶⁷¹. Pour certains, le formalisme n'est respecté que lorsqu'une référence « spécifique » existe dans le contrat, tandis que pour d'autres⁶⁷², une référence « générale » suffit aussi pour satisfaire à la formalité exigée. En dépit des lacunes du texte⁶⁷³, la satisfaction des exigences de l'article II.2, est concrétisée au sein de chaque système juridique.

309. – Avant de présenter les solutions nationales retenues à l'égard de la validité de cette clause, il convient de mentionner la position de la loi-type de la CNUDCI. Dans la première option proposée aux systèmes juridiques qui adoptent le formalisme pour la validité de la clause compromissoire, (« Option I »), les clauses d'arbitrage par référence

⁶⁶⁸ T. LANDAU, "The requirements of a written form for an arbitration agreement: when 'written' means 'oral'", in A. J. VAN DEN BERG (ed.), *International Commercial Arbitration: important contemporary questions*, ICCA Congress Series 2002, N° 11, Kluwer Law international 2003, p. 19 (30), B. OPPETIT, « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990, p. 551 (560).

⁶⁶⁹ Nous avons déjà vu que cette interprétation large repose sur la « Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York, le 10 juin 1958, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international le 7 juillet 2006, à sa 39^e session », publiée dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément no 17 (A/61/17), annexe II*, qui a soutenu que l'article II.2 de la Convention n'énumère pas limitativement les cas d'une convention « écrite », et par conséquent, d'autres formes écrites peuvent aussi être admises au sein de cet article. [Dans ce sens, v. Hong Kong High Ct., 6 avril 1995, *Jiangxi Provincial Metal & Mineral Import & Export Corp. v. Sulanser Co Ltd*, XXI *Y.B. Com. Arb.* 2006, p. 546 (549). Cf. également D. DI PIETRO, "Validity of arbitration clauses incorporated by reference", in, E. GAILLARD, D. DI PIETRO, (Ed.), *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards*, London, Cameron May, 2008, p. 355 (358), D. DI PIETRO, "Incorporation of arbitration clauses by reference", *J. Int'l. Arb.* 2004, (21) vol. 5, p. 439 (442).] Ainsi, il est largement soutenu que la perception de la notion de formalisme inclut des formes qui traditionnellement ne rentrent pas dans le cadre étroit de la notion de l'« écrit ». [Dans ce sens: ICCA's guide to the interpretation of the 1958 New York Convention, A handbook for judges, ICCA, 2011, p. 46].

⁶⁷⁰ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 292, § 494, J.-F. POUURET, « La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'article 6 du Concordat sur l'arbitrage », in *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, Payot, 1985, p. 523, ICCA's guide to the interpretation of the 1958 New York Convention, A handbook for judges, ICCA, 2011, p. 46.

⁶⁷¹ A. J. VAN DEN BERG, *The New York Convention of 1958, Towards a uniform judicial interpretation*, Antwerp, Kluwer Law and Taxation, 1981, p. 218, ICCA's guide to the interpretation of the 1958 New York Convention, A handbook for judges, ICCA, 2011, p. 43 (47), D. DI PIETRO, "Validity of arbitration clauses incorporated by reference", *op. cit.*, p. 357, D. SCHRAMM, El. GEISINGER, Ph. PINSOLLE, "Article II", *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: A global commentary on the New York Convention*, H. KRONKE et al., (sous la dir.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, p. 36 (88).

⁶⁷² G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 696.

⁶⁷³ L. GRAFFI, "International Arbitration Agreements 'by reference': a European Perspective", *Cahiers de l'arbitrage*, vol. III, 2006, p. 19.

sont traitées de manière spécifique. L'article 7 (« *Définition et forme de la convention d'arbitrage* »), après avoir reconnu l'exigence d'une clause « écrite »⁶⁷⁴, dispose dans son §6 que : « [I]a référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat »⁶⁷⁵. La loi-type ne précise pas si le besoin d'une référence spécifique ou générale est requis pour la validité de la clause en question et il revient au droit étatique de concrétiser cette condition⁶⁷⁶.

310. – Le droit grec reprend la disposition de la loi-type et prévoit que : « [I]a référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage [écrite], à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat »⁶⁷⁷. Sans s'arrêter à cette disposition générale, la loi dispose aussi, dans le même article, que : « [I]'émission d'un connaissance faisant expressément référence à une clause d'arbitrage insérée dans un contrat de transport, vaut convention d'arbitrage⁶⁷⁸ ». Une précision importante est apportée dans cette loi, selon laquelle la référence à la clause d'arbitrage doit être expresse lorsqu'elle est insérée dans un contrat de transport maritime *lato sensu*.

Sur ce point, il convient de rappeler qu'en droit grec, le « contrat de transport », conçu comme un contrat générique, contient tantôt le contrat de transport *stricto sensu*, tantôt le contrat d'affrètement⁶⁷⁹. Le connaissance émis peut faire référence à la clause d'arbitrage

⁶⁷⁴ Article 7 § 2: « *La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite.* » Cette disposition est reprise par la version de 1985 de la loi-type de la CNUDCI.

⁶⁷⁵ La même disposition a été reprise dans la version de 1985, dans l'ancien article 7 § 2 de la loi-type CNUDCI : « *La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.* » [Nous soulignons.]

⁶⁷⁶ H. HOLTZMANN, J. NEUHAUS, *A guide to the Uncitral Model Law on international commercial arbitration: Legislative History and Commentary*, Deventer/ Boston, The Hague : T.M.C. Asser Instituut, 1989, p. 264: en effet, les groupes de travail de la loi-type ont laissé cette phrase sans préciser la nature de la référence exigée par souci de concilier les deux positions soutenues pendant les travaux, à savoir l'exigence d'une référence expresse et la suffisance d'une référence générale qui renvoie aux conditions générales du contrat.

⁶⁷⁷ Art. 7 § 5 de la loi 2735/1999. Comme il a été précédemment souligné le règlement de l'Association pour l'arbitrage maritime du Pirée (*Piraeus Association for Maritime Arbitration*) a spécifiquement prévu à l'article 4.3. les conditions de validité de la clause insérée dans un connaissance : « 3. *An arbitration clause contained in a bill of lading is binding on the carrier, the shipper and the subsequent holders of the bill of lading.* [...] ». Il n'est pas clair si le règlement s'applique dans le cadre d'une clause par référence à un autre document.

⁶⁷⁸ Art. 7 § 6 de la loi 2735/1999 : « *Η έκδοση φορτωτικής, στην οποία γίνεται ρητή αναφορά σε ρήτρα διαιτησίας που περιέχεται σε σύμβαση μεταφοράς, συνιστά συμφωνία διαιτησίας.* »

⁶⁷⁹ V. *supra*, n° 29.

insérée soit dans les termes et conditions généraux d'un contrat de transport *stricto sensu*, soit dans la charte-partie d'un contrat d'affrètement.

311. – En ce qui concerne, le législateur anglais, on retrouve également la formulation que, vaut convention d'arbitrage, la référence à une clause d'arbitrage écrite ou à un document contenant une clause d'arbitrage, si cette référence « *est telle qu'elle fasse de la clause une partie de la convention* »⁶⁸⁰. Or, le dilemme posé par les textes précités reste sans réponse, laissé à la discrétion des juges anglais qui sont libres de statuer sur la base d'un raisonnement au cas par cas.

À l'inverse de la loi grecque qui exige concrètement la « référence spécifique », la phrase « *à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat* », laissée sans précision dans les autres textes juridiques, nous renseigne peu sur la nature de la référence exigée afin de voir la clause valablement incorporée au litige issu du contrat principal⁶⁸¹. Le choix concernant ce sujet a été délibérément laissé à la discrétion du juge national.

En ce sens, le rapport DAC⁶⁸² sur la loi anglaise en matière d'arbitrage souligne que le juge est libre d'apprécier dans quelles conditions l'incorporation de la clause d'arbitrage doit avoir lieu. Tout en reconnaissant le débat sur le caractère d'une référence « spécifique » (régulièrement exigée dans le cadre des connaissements de charte-partie) ou « générale » (jugée suffisante dans les autres types de contrats commerciaux), le rapport soulève que la loi n'est pas restrictive sur ce point et que les deux solutions pourraient être soutenues⁶⁸³.

⁶⁸⁰ Art. 6.2 A.A. : “*The reference in an agreement to a written form of arbitration clause or to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement if the reference is such as to make that clause part of the agreement*”. Pour la traduction, v. M. HUNTER, T. LANDAU, *The English Arbitration Act 1996: Text and Notes*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 99: Art. 6 (2) « *Une convention faisant référence à une clause compromissoire établie sous forme écrite, ou à un document contenant une clause compromissoire, constitue une convention d'arbitrage si la référence est telle qu'elle fait de la clause une partie de la convention.* »

⁶⁸¹ G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 697.

⁶⁸² “Departmental Advisory Committee” Report on Arbitration Bill 1996 & Supplementary Report on The Arbitration Act 1996, janvier, 1997, (ci-après DAC Report), § 42.

⁶⁸³ DAC Report, § 42: “[...] *The wording we have used certainly leaves room for the adoption of the charter party rules in all cases, since it refers to references to a document containing an arbitration clause as well as a reference to the arbitration itself. Thus the wording is not confined to cases where there is specific reference to the arbitration clause, which Sir John Megaw (but not Ralph Gibson LJ) considered was a requirement for effective incorporation by reference.*” [Nous soulignons.] V. aussi, C. AMBROSE, K. MAXWELL, *London maritime arbitration*, London, LLP, 1996, p. 34.

B. Le caractère général ou spécifique de la « référence »

312. – La forme, comme condition de validité de la clause compromissoire, permet de vérifier le consentement réel des parties à recourir à l'arbitrage. Autrement dit, la clause développe ses effets juridiques lorsque la condition de fond (cf. le consentement réel des parties à incorporer la clause dans leur contrat principal) est exprimée en respectant la condition de forme exigée (cf. la convention « écrite »). La validité de l'incorporation de la clause compromissoire par référence soulève également ces deux questions de forme et de fond⁶⁸⁴. Il suffit de rechercher dans quelles circonstances, la « référence » laisse présumer le respect de la réunion de deux conditions.

313. – La référence qui reprend expressément la clause d'arbitrage telle qu'elle est stipulée dans un autre document ne soulève pas de difficultés majeures au moment d'être appréciée. Le connaissance qui se réfère spécifiquement à la clause compromissoire figurant dans la charte-partie ou dans les conditions générales du contrat de transport enlève toute ambiguïté sur la volonté des parties lorsque l'identification de ces documents et l'accessibilité à la clause « originale » de l'arbitrage sont effectives⁶⁸⁵. Une référence spécifique à une clause compromissoire atteste clairement de la volonté de recourir à l'arbitrage, tout en respectant les conditions de forme et de fond exigées. Il en va ainsi pour le droit grec qui, ayant introduit la condition de forme *ad validitatem*, exige une référence « expresse » à la clause compromissoire par référence du connaissance de charte-partie⁶⁸⁶.

Au contraire, la validité de la clause par référence est régulièrement contestée devant une référence « générale ». Même si la référence générale peut satisfaire la condition

⁶⁸⁴ G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, J.- F. POUURET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, LGDJ, 2002, p. 176, § 213.

⁶⁸⁵ J.- F. POUURET, S. BESSON, *ibid.*, p. 176, § 214, D. DI PIETRO, "Validity of arbitration clauses incorporated by reference", in E. GAILLARD, D. DI PIETRO, (Ed.), *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards*, London, Cameron May, 2008, p. 355 (357), D. SCHRAMM, E. GEISINGER, Ph. PINSOLLE, "Article II", in H. KRONKE et al., (Dir.), *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: A global commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, p. 36 (90), A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαίτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαίτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 281, Cour d'appel d'Athènes [Εφετείο Αθηνών] 3894/1976, (4) *E.N.A.* 1976, p. 396, Tribunal de première instance du Pirée [Πολυμελής Πρωτοδικείο Πειραιώς] 55/1977, *E.Εμπ.Α.* 1977, p. 295 (296).

⁶⁸⁶ Art. 7§6 de la loi 2735/1999 précitée.

de forme écrite, la critique porte régulièrement sur son insuffisance à satisfaire à la condition de fond, à savoir la preuve du consentement réel des parties.

La jurisprudence et la doctrine en matière de transport maritime estiment qu'en raison de la structure du contrat, le connaissement qui renvoie globalement à la charte-partie ou aux conditions générales du contrat de transport, sans mentionner la clause compromissoire figurant sur celui-ci, soulève des questions importantes qui alimentent un débat riche en controverses.

§2. L'application des conditions de validité de la clause compromissoire par référence dans le contrat de transport maritime de marchandises

314. – Après avoir déterminé les conditions de la validité de la clause d'arbitrage par référence à l'égard des parties initiales du contrat, il convient d'étudier leur application dans la pratique du transport maritime. La clause compromissoire peut figurer, soit, dans le document même du connaissement, à la page verso du titre (A) soit, dans les conditions générales apparaissant dans un document séparé (B), soit dans les documents de transport maritime échangés entre les opérateurs participants (C).

A. Le chargeur engagé par une clause figurant au verso du document

315. – Le titre de transport, et notamment le connaissement, se présente sous une forme recto-verso, contenant des clauses concernant le transport maritime, comme nous l'avons mentionné dans le Titre I de la Première Partie de cette étude. Dans un souci d'établir la présomption de connaissance des chargeurs sur les clauses générales du contrat de transport, les transporteurs ont introduit la pratique d'inverser le « recto » et le « verso » du document. Ainsi, tandis que la page, indiquée par le numéro « 1 », du connaissement présente succinctement et en petits caractères les conditions générales du transport, le verso de cette page, indiquée par le numéro « 2 » contient des informations sur le transport concrètement conclu entre les parties, éventuellement le nom du navire, la quantité de marchandises ainsi que d'autres

informations utiles⁶⁸⁷. Toutefois, cette pratique n'est pas généralisée et plusieurs connaissements pré-imprimés portent une numérotation inverse, à savoir le numéro « 1 » pour le recto composé des informations spécifiques du transport et le numéro « 2 » pour le verso comportant les conditions générales⁶⁸⁸.

Dans ce cas de figure, un renvoi global aux conditions générales figurant à la page « 1 » du connaissement devrait être jugé suffisant pour l'incorporation de la clause compromissoire. Cette solution devrait être acceptable même par les systèmes juridiques qui adoptent le formalisme strict (« *ad validitatem* ») et exigent une référence spécifique⁶⁸⁹. Un commerçant « raisonnable » et « prudent » est présumé avoir pris connaissance de ces termes et conditions du transport qui figurent dans le corps même du connaissement⁶⁹⁰.

316. – Or, cette solution a été contestée par la jurisprudence à l'occasion d'un litige concernant la validité d'une clause attributive de juridiction figurant au verso d'un connaissement. La Cour de justice de la Communauté Européenne (aujourd'hui dénommée, Cour de justice de l'Union européenne), dans le cadre de l'interprétation de l'article 17 de la Convention de Bruxelles 1968, a jugé que la « *simple impression au verso du formulaire du connaissement d'une clause attributive de juridiction ne satisfait pas aux exigences de l'article 17, aucune garantie n'étant donnée par ce procédé que l'autre partie a consenti effectivement à la clause dérogatoire au régime commun de compétence de la convention* »⁶⁹¹. La signature du chargeur à la page qui

⁶⁸⁷ Cf. A. KPOAHOUN-AMOUSSOU, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, Thèse Université Aix-Marseille 3, Thèse Université Aix-Marseille 3, PUAM, 1999, p. 277 (286), n° 449. Par ailleurs, l'absence de telles informations n'entraîne en aucun cas la nullité du document ni d'ailleurs du contrat de transport. V. *supra* n° 35. V. Annexe n° 2: « Connaissement *Congenbill 2007* » et nos développements sur ce type de connaissement, *supra* n° 41. C'est notamment le cas de cette présentation des conditions générales du contrat, lorsqu'il ne s'agit pas d'un connaissement ou de titre de transport type *short-form* contenant une référence qui renvoie aux conditions générales qui figurent dans un autre document. L'opposabilité d'une clause insérée dans un document séparé, à savoir un document contenant les conditions générales (pour le transport de lignes régulières) ou la charte-partie (pour le transport sous affrètement) fera l'objet de notre analyse par la suite. V. *infra* n° 320.

⁶⁸⁸ Cf. la version du connaissement *Congenbill 1994* où la numérotation des pages était inverse par rapport à la version 2007 : https://www.bimco.org/~media/Chartering/Document_Samples/Withdrawn/Sample_Copy_CONGENBILL_94.ashx (consulté le 12/03/2014). Cf. aussi Annexe n° 3: « Connaissement *Scanconbill 1993* ». Dans ce sens, S. GIRVIN, *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, § 3-14, p. 44, § 2-16, p. 186 et p. 792.

⁶⁸⁹ A. J. VAN DEN BERG, *The New York Convention of 1958, Towards a uniform judicial interpretation*, Antwerp, Kluwer Law and Taxation, 1981, p. 216. V. aussi Cour d'appel d'Athènes [Εφετείο Αθηνών] 9671/1995, (2) *AEE* 1996, t. 2, p. 849 (850).

⁶⁹⁰ Dans le cas des conditions générales au verso du contrat, même un consommateur se trouve lié par ces conditions, dans la mesure où il est censé prendre connaissance du contrat en le lisant recto-verso.

⁶⁹¹ CJCE 19/06/1984, *Tilly-Russ*, Rec. 1984, p. 2417, v. point 16 de l'arrêt, *DMF* 1985, p. 83, note P. BONASSIES, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 385, note H. GAUDEMET-TALLON. La Cour confirmait la position prise dans l'affaire *Salotti di Clozani*, (CJCE, 14/12/1976, Rec. 1976, p. 1841).

ne contient pas la clause ne saurait être une preuve suffisante du consentement de ce dernier. Malgré la suppression de l'obligation de la signature du chargeur, l'exigence d'une convention de compétence écrite n'était satisfaite qu'avec une signature des deux parties sur le même document. La jurisprudence française avait déjà adopté, à plusieurs reprises, cette position à l'occasion de l'opposabilité d'une clause attributive de compétence au chargeur⁶⁹².

Il faut admettre que l'arrêt se prononce à l'égard de la règle de forme requise pour l'incorporation d'une clause attributive de juridiction imposée, en application de la Convention de Bruxelles 1968, et non pas en application des règles pour l'incorporation d'une clause compromissoire. Or, malgré l'intérêt limité de cet arrêt, en raison de l'interprétation d'une convention internationale non applicable en matière d'arbitrage, il convient de retenir que la Cour ne faisait qu'interpréter l'exigence de la « forme écrite » imposée pour la validité d'une clause dérogatoire au droit commun de compétence. Étant donné que, de ce point de vue, la clause compromissoire et la clause attributive de compétence se rapprochaient dans l'esprit de la doctrine et de la jurisprudence, cette jurisprudence pourrait présenter un intérêt par rapport au traitement d'une clause par référence au verso d'un document.

Or, la transposition de cette solution à la question de l'efficacité de la clause compromissoire ne serait pas opportune. La critique de la doctrine fut immédiate, soutenant que cet arrêt disqualifiait nombre de connaissements « *dont les rédacteurs n'ont pas pris la peine, soit d'inscrire la clause de compétence au recto, soit de rappeler la clause inscrite au verso sur le recto du document* »⁶⁹³. Dans un arrêt récent du juge français, il a été accepté sans hésitation que lorsqu'une clause d'arbitrage figure au « verso » du connaissement, elle lie le chargeur, même en l'absence de sa signature ou d'autres indices explicites de sa connaissance⁶⁹⁴.

⁶⁹² Paris, 31 mai 1995, *B.T.* 1996, p. 79 qui a considéré que même si le chargeur est censé savoir qu'une clause de compétence figure généralement au verso du connaissement, cela ne prouve pas que le chargeur l'a acceptée, à défaut de sa signature.

⁶⁹³ P. BONASSIES, note précitée CJCE 19/06/1984, *Tilly-Russ*, *DMF* 1985, p. 83 (91). V. aussi Tr. com. Paris, 30 sept. 1981, *DMF* 1982, p. 235, appliquant déjà la règle dégagée de l'arrêt *Tilly-Russ*, à un connaissement.

⁶⁹⁴ Paris, 10 avr. 2008, 06/11317 (retenu par : Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2009, *Affaire Soerni*, n° 08-16025, *Bull. I* 2009, n° 165, *RDAL* 2010, p. 108, *LPA* 2010, n° 202, p.17, note P. BOIVIN) qui, avant de se prononcer par l'affirmative sur l'opposabilité

317. – L’engagement du chargeur par le contrat de transport est sans doute fondé sur la preuve de sa prise de connaissance du contrat. Or, il nous semble que cette connaissance est présumée lorsque les conditions générales se trouvent insérées au verso du connaissement. Nul doute que la personne détenant le titre de transport est censée lire les dispositions figurant recto-verso. Il reste à déterminer si, en présence d’une clause par référence, renvoyant à un autre document, le chargeur est supposé aussi avoir pris connaissance de ces termes.

B. Le chargeur engagé par une clause figurant aux conditions générales - « Single contract scenario »

318. – La jurisprudence et la doctrine anglaises ont distingué deux hypothèses, pour l’incorporation d’une clause d’arbitrage par référence. D’une part, la clause fait référence à une clause figurant dans un contrat précédemment signé entre les mêmes parties, et dans ce cas de figure, il s’agit du cas du « *single contract scenario* ». D’autre part, le « *two-contract scenario* » correspond au cas où deux contrats séparés existent, la clause de l’un faisant référence à la clause compromissoire insérée dans l’autre. Dans ce cas de figure, les parties aux deux contrats ne sont pas les mêmes⁶⁹⁵.

L’incorporation de la clause compromissoire figurant dans les conditions générales du contrat de transport conclu entre le chargeur et le transporteur s’inscrit dans le « *single contract scenario* ». Par ailleurs, l’incorporation de la clause d’arbitrage du connaissement de charte-partie à l’égard du destinataire entre dans la deuxième catégorie de « *two contract scenario* »⁶⁹⁶. Dans la première catégorie précitée, lorsque la référence renvoie à un document qui fait partie d’un contrat liant les mêmes personnes, la juridiction anglaise n’hésite pas à accepter qu’une référence

de cette clause à l’encontre du porteur du connaissement, même à défaut de sa signature et de son consentement express, avait retenu la validité de la clause à l’égard du chargeur.

⁶⁹⁵ A. MASOOD, “Arbitration clauses, fairness, justice and commercial certainty”, *Arb. Int’l* 2010, vol. 26, n° 3, p. 409 (413), A. TWEEDDALE, K. TWEEDDALE, “Incorporation of arbitration clauses revisited”, *Arbitration* 2010, vol. 76, n° 4, p. 656 (658), *Sea Trade Maritime Corp. v Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd (The Athena)*, [2006] EWHC 2530 (Comm.), [2007] 1 All E.R. (Comm.) 183, [2007] 1 *Lloyd’s Rep.* p. 280, St. BREKOULAKIS, *Third parties in international commercial arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 66, § 2.183.

⁶⁹⁶ A. MASOOD, “Arbitration clauses, fairness, justice and commercial certainty”, *Arb. Int’l* 2010, vol. 26, n° 3, p. 409 (413), A. TWEEDDALE, K. TWEEDDALE, “Incorporation of arbitration clauses revisited”, *Arbitration* 2010, vol. 76, n° 4, p. 656 (658), *Sea Trade Maritime Corp. v Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd (The Athena)*, [2006] EWHC 2530 (Comm.), [2007] 1 All E.R. (Comm.) 183, [2007] 1 *Lloyd’s Rep.* p. 280.

« générale » suffit afin de considérer que l’incorporation de la clause compromissoire a été valide⁶⁹⁷. Cette solution a été confirmée dans l’affaire *The Athena*⁶⁹⁸, où les juges anglais se sont exprimés dans le *dictum*⁶⁹⁹ de la décision en précisant que la référence générale peut suffire pour porter à l’attention des parties une clause qui figure dans un document séparé mais annexé au même contrat conclu par les parties⁷⁰⁰.

Cette position a été également confirmée par une décision récente rendue par la *Court of Appeal*, dans l’affaire *Habas*⁷⁰¹. Dans cette affaire, le juge anglais a admis que la référence générale à des contrats précédemment conclus entre les mêmes parties était suffisante pour incorporer la clause compromissoire y figurant. Le juge, dans son raisonnement, a aussi mis l’accent sur le fait que les parties étaient des professionnels du secteur commercial en question et qu’elles avaient eu accès à ce document⁷⁰². Il convient de souligner que le juge a rejeté l’argument selon lequel la nature accessoire de la clause d’arbitrage exigeait une référence spécifique. Dans le cas du *single case scenario*, la nature de la clause compromissoire n’influe pas sur le débat en question, mais bien sur le fait que les parties étaient censées être averties et avoir pris connaissance du contenu de leurs anciens accords, dont la clause en question.

⁶⁹⁷ Le juge français a eu l’occasion de se prononcer sur un renvoi de ce type lors de l’affaire Cass. 1^{ère} civ., 6 nov. 2013, n° 11-18709, précitée. Cf. Ch. SCAPEL, « Le principe ‘compétence-compétence’ limité », *DMF* 2014, p. 107, C. LE GALLOU, « Arbitrage : encore faut-il qu’il y ait une clause compromissoire », note sous l’arrêt, *RLDC* 2014, p. 16. En l’espèce, en recto du connaissance, une clause renvoyait aux conditions générales du transport figurant sur le site internet de la société, ainsi qu’à la convention d’arbitrage (effectuant ainsi une référence spécifique). Or, le document des conditions générales versé au débat devant le juge du contrôle *prima facie* ne contenait pas les informations suffisantes pour identifier l’éditeur du document et la date de l’émission. Ainsi, conformément à l’arrêt de la Cour de cassation, ce document a été privé de toute valeur probante pour les allégations de la partie l’ayant produit. Il convient de souligner qu’en l’espèce, la Cour d’appel avait considéré ces écrits suffisants pour faire jouer le principe de compétence-compétence et renvoyer les parties devant les arbitres, alors que cette décision a été cassée par la Haute juridiction française, délimitant les effets négatifs du principe en question. V. *supra* n° 133 bis.

⁶⁹⁸ *Sea Trade Maritime Corp. v Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd (The Athena)*, [2007] 1 All E.R. (Comm.) 183, [2007] 1 *Lloyd’s Rep.* p. 280, [2006] EWHC 2530 (Comm.), §65.

⁶⁹⁹ « *Obiter dictum* » : avis incidemment exprimé par le juge et n’ayant pas force de précédent.

⁷⁰⁰ *Parker v South Eastern Railway Co.*, CA, [1877] LR 2 CPD, p. 416.

⁷⁰¹ *Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Isthisal Endustri A. v Sometal SAL*, [2010] EWHC 29 (Comm.), [2010] 1 All E.R. (Comm.) 1143, [2010] 1 *Lloyd’s Rep.* p. 661, 2010 WL 19905. Après avoir admis que la référence générale est suffisante pour lier les parties en question, le juge devait procéder à un examen des contrats déjà conclus, afin de déterminer laquelle des clauses compromissoires retrouvées dans ces contrats, était finalement incorporée au litige présent.

⁷⁰² Dans le raisonnement de l’affaire *The Athena*, les juges ont considéré qu’il serait incohérent de traiter différemment l’incorporation d’une clause compromissoire et celle d’une autre clause contractuelle. Cf. Juge Langley J., *Sea Trade Maritime Corp. v Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd (The Athena)*, [2007] 1 All E.R. (Comm.) 183, [2007] 1 *Lloyd’s Rep.* p. 280, [2006] EWHC 2530 (Comm.), §65.

C. *L'échange des documents propres au transport maritime de marchandises*

319. – La suppression de l'exigence d'une signature pour la validité de la clause compromissoire a rendu possible une interprétation large de la notion d'« écrit ». Ainsi, deux instruments dont l'un est l'offre de recourir à l'arbitrage et l'autre l'acceptation de cette offre, ont pu être assimilés à une convention écrite. La jurisprudence anglaise a admis la validité d'une convention d'arbitrage incluse dans un échange de documents qui a eu lieu entre les parties lors de l'affaire *Zambia*⁷⁰³. Dans ce cas de figure, les termes du contrat, ainsi que la clause compromissoire, ont été stipulés dans un document soumis à l'approbation d'une des parties. Il a été jugé que bien qu'aucune confirmation écrite n'ait été apportée, la convention d'arbitrage avait satisfait à l'exigence de forme imposée par le droit anglais (art. 7 *Arbitration Act* 1979, qui prévoyait les mêmes conditions en principe que celles de l'Acte de 1996) et que la confirmation verbale était suffisante en l'espèce. De la même manière, l'insertion de la clause d'arbitrage dans un télex, qui confirmait le contenu du contrat conclu oralement entre les parties, conjuguée avec l'intention de recourir à l'arbitrage, respectait la condition d'écrit exigée par le droit anglais⁷⁰⁴.

Dans l'affaire *Welex AG v Rosa Maritime Limited*⁷⁰⁵, le connaissance de charte-partie contenait une clause d'arbitrage par référence qui figurait dans la charte-partie. Le juge anglais a estimé que l'échange des fax, des télex ou d'un *re-cap* télex prouvait suffisamment les termes de la charte-partie suite à la conclusion du contrat d'affrètement. Les termes du contrat contenus dans ces documents, et portés à l'attention des parties, permettaient d'identifier les informations nécessaires pour la

⁷⁰³ *Zambia Steel & other v James Clark & other*, CA, [1986] 2 *Lloyd's Rep.* p. 225, 234. V. aussi *Golden Ocean Group Ltd v Salgaocar Mining Industries Pvt Ltd & Anor.*, [2012] EWCA Civ. 265: le contrat d'affrètement a été valablement formé par l'échange de plusieurs documents.

⁷⁰⁴ Le juge grec accepte également qu'en application du droit anglais à la validité de la convention d'arbitrage, la condition de forme exigée est respectée lorsque la convention est insérée dans un échange des télex ou autres types de documents échangés entre les parties lors de la formation du contrat. Cf. Cour de cassation [Αρειος Πάγος] 1932 / 2006, *E.N.A.* 2007, t. 35, n° 1, p. 13, Cour d'appel du Pirée [Εφετείο Πειραιώς] 475/ 2005, *ΔΕΕ* 2006, n° 1, p. 78, *E.Εμπ.Α.*, 2008, p. 356.

⁷⁰⁵ *Welex AG v Rosa Maritime Ltd (The Epsilon Rosa)* (N° 1), [2002] 1 All E. R. (Comm.) p. 939, [2002] 2 *Lloyd's Rep.* p. 81, 2002 WL 498893, *Y.B. Com. Arb.* XXX 2005, p. 633, [2002] EWHC 762 (Comm), (points 27 et suiv. (spec. 29): "In my judgment, commercial realities are wholly inconsistent with the claimant's submission. Indeed, the claimant was aware of and had approved the fixture. I find the "Charter Party" referred to in the bill of lading was the agreement contained in the re-cap telex (and the standard form to which it refers). This conclusion seems to me to accord with the duty on the Court to give an intelligent meaning to documents surrounding this commercial transaction."). Cette position a été confirmée par la Cour d'appel anglaise [*Welex AG v Rosa Maritime Limited, (The Epsilon Rosa)* (N° 2), [2003] EWCA Civ. 938, [2003] 2 *Lloyd's Rep.*, p. 509, 2003 WL 21353416, *Y.B. Com. Arb.* XXX 2005, p. 633] ainsi que dans un arrêt suivant

réalisation de l'opération. Cet arrêt n'a pas effacé la jurisprudence antérieure qui s'était prononcée par la négative à la question de savoir si une clause par référence insérée dans le connaissement permettait l'incorporation des termes d'un contrat d'affrètement conclu oralement. En l'espèce, les termes ont été insérés dans un *re-cap télex*, mais, étant donné son contenu erroné par rapport à l'accord verbal, l'incorporation au connaissement des termes contractuels, ainsi que de la clause compromissoire, n'a pas été acceptée⁷⁰⁶.

Section II. L'engagement du destinataire au contrat de transport maritime par la convention d'arbitrage par référence

320. – La particularité de la clause compromissoire dans le contrat de transport maritime se manifeste principalement dans le cas de son incorporation à un connaissement de charte-partie et dans le cadre de son opposabilité au destinataire ou au tiers porteur du connaissement. La circulation de ce titre de transport entre les mains d'un opérateur qui fait son apparition à un stade ultérieur de l'opération n'est pas sans soulever des questions.

321. – Conformément au droit anglais et au droit grec, le destinataire est engagé par l'ensemble du contrat en tant que « tiers » au contrat de transport, formé entre le transporteur et le chargeur. En revanche, le droit français considère que le destinataire ou tiers porteur du connaissement participe au contrat de transport en tant que « partie » adhérente à ce dernier. Avant procéder à l'examen de la jurisprudence maritime, il nous semble utile de rappeler que les conditions d'incorporation de la clause devraient être recherchées dans les normes spécifiquement applicables à la convention d'arbitrage. Autrement dit, indépendamment de la position contractuelle du destinataire, indiquée par le droit applicable au contrat principal, les conditions de

confirmant la possibilité de conclure un contrat (en l'espèce d'affrètement) par *rec-cap telex* [cf. *TTMI Sarl v Statoil ASA*, (*The Sibohelle*), [2011] EWHC 1150 (Comm), (point 33 du jugement), [2011] 2 *Lloyd's Rep.* 220].

⁷⁰⁶ *Partenreederei M/S Heidberg v Grosvenor Grain & Feed Co Ltd (The Heidberg)*, [1994] 2 *Lloyd's Rep.* p. 287.

son engagement sont définies par la loi propre à la convention qui détermine les conditions de son efficacité à l'égard des parties ou des tiers au contrat.

Sur ce point, il serait intéressant d'établir les conditions prévues par les droits anglais, grec et français pour l'incorporation de cette clause au connaissement et son efficacité à l'égard du destinataire. Or, la distinction entre le droit applicable au contrat et les conditions de l'efficacité de la clause à l'égard du destinataire n'est pratiquement jamais effectuée ni en pratique ni par la jurisprudence en la matière. Se prononçant sur le sujet en question, les juges anglais et grecs recherchent les conditions d'opposabilité de cette clause face à un destinataire-tiers au contrat de transport, tandis que le juge français adopte des règles matérielles considérant que le destinataire est toujours lié selon les modalités de son adhésion au contrat. Il en va de même pour les arbitres invités à résoudre cette question.

322. – Dans ce contexte, il nous semble intéressant de procéder à une distinction entre le droit applicable à la clause compromissoire et le droit applicable au contrat principal qui détermine la position contractuelle du destinataire. Dans l'hypothèse où le droit applicable à la clause est le droit anglais ou le droit grec, qui insèrent tous les deux des conditions de forme, il convient d'identifier les conditions d'incorporation et d'opposabilité de la convention d'arbitrage insérée dans un connaissement de charte-partie à l'égard du destinataire-tiers au contrat de transport, lorsque les droits anglais et grec sont également applicables au contrat principal (§1). Par la suite, en nous appuyant sur l'hypothèse d'un dépeçage du contrat, nous examinerons le cas de l'efficacité de la convention d'arbitrage, selon le formalisme appliqué par les systèmes juridiques précités, face à un destinataire partie au contrat, lorsque le droit français est applicable au contrat principal (§2). Cette hypothèse d'école effectuée dans le cadre de notre étude a pour objectif de mettre l'accent sur les conséquences d'une application stricte du principe du dépeçage et de démontrer que, finalement, l'efficacité de la clause d'arbitrage est strictement liée à la position du destinataire, cette dernière étant déterminée par le droit applicable au fond du litige⁷⁰⁷.

§1. L'opposabilité de la clause au destinataire-tiers

323. – L'engagement du destinataire par la clause d'arbitrage insérée par référence dans le connaissement de charte-partie est soumis à une stricte condition de forme, celle d'une référence spécifique (A). Toutefois, un assouplissement de cette approche formaliste est actuellement observé dans la jurisprudence qui n'hésite pas à prendre en considération d'autres facteurs afin d'admettre l'opposabilité de la clause à un destinataire (B). C'est ainsi que l'interprétation de son consentement prend au fur et à mesure une place plus importante dans la détermination des conditions d'efficacité de la clause compromissoire⁷⁰⁸.

A. L'exigence d'une « référence spécifique »

324. – Deux observations ressortent de notre analyse de la jurisprudence en matière d'arbitrage maritime. D'une part, la majorité des décisions juridiques grecques et anglaises aborde la question de l'incorporation de la clause par référence indépendamment des exigences de forme établies par la Convention de New York et la loi sur l'arbitrage. Les conditions de validité de l'incorporation de la clause d'arbitrage sont recherchées dans le régime applicable au connaissement en tant que titre représentatif des marchandises, dans un souci de protection des porteurs du connaissement de bonne foi et de sécurisation de la transaction à travers ce type de document⁷⁰⁹. Par ailleurs, les mêmes règles générales s'appliquent à l'incorporation tant des clauses contractuelles que de la clause d'arbitrage.

⁷⁰⁷ Sur la qualification en droit international privé et notamment, par les arbitres, v. G. KAUFMANN-KOHLER, « La qualification en arbitrage commercial international », *Travaux du comité français D.I.P. 2010-2012*, Ed. Pédone, Paris, 2013, p. 299 (notam. 305 : où l'auteur constate la tendance d'une qualification « autonome » effectuée par les arbitres).

⁷⁰⁸ V. *infra*, Titre II, n° 350 et suiv.

⁷⁰⁹ Pendant longtemps, la jurisprudence grecque appliquait par analogie le régime général des titres négociables (loi 5325/1932) aux connaissements de transport maritime, en vertu de l'art. 170 CDMP grec. À cet égard, v. cour d'appel d'Athènes [Εφετείο Αθηνών] 1453/1975, (3) *E.Naut.A.* 1975, p. 440 (441). Aussi, A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαίτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαίτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 283. Néanmoins, l'arrêt de la Cour d'appel du Pirée [Εφετείο Πειραιώς] 201/1997, *E.Εμπ.Α.* 1997, p. 326 (327) a recherché les conditions de validité de la clause compromissoire selon les lois de conflits grecques (à savoir l'article 25 C. civ. grec, applicable aux conventions, lorsque la nature contractuelle de la convention d'arbitrage prévaut. Toutefois, l'application de règles propres à l'arbitrage international, à savoir la Convention de New York, n'a pas été prise en considération.

D'autre part, notamment dans la jurisprudence précédente, lorsque la nature de la clause compromissoire était prise en considération, la jurisprudence a mis l'accent sur son caractère particulier afin d'insérer des conditions d'incorporation encore plus strictes. La clause était certes soumise à un régime particulier, régime défavorable délimitant strictement ses effets juridiques. Cette position était justifiée dans la mesure où l'objectif de la jurisprudence était de protéger le tiers porteur du connaissement contre une clause présumée dangereuse. Toutefois, cette vision de la clause d'arbitrage est certainement écartée par la jurisprudence actuelle.

i. La jurisprudence anglaise

325. – Étant donné qu'en droit anglais, le connaissement constitue une preuve concluante des rapports contractuels entre le transporteur et le destinataire des marchandises, ce dernier succède aux droits et aux obligations du chargeur qui sont affichés dans le corps même du connaissement⁷¹⁰. Ainsi, les clauses du transport maritime susceptibles de lier le tiers porteur du connaissement doivent figurer dans le titre de transport, afin de prouver la connaissance du tiers et son consentement à s'engager.

Le même traitement est réservé par le juge anglais aussi bien à la clause d'arbitrage qu'aux autres clauses contractuelles⁷¹¹. Ainsi, selon la théorie générale, l'incorporation par référence d'une clause contractuelle au connaissement de charte-partie est assujettie à l'examen de trois éléments : la « nature » de la clause à incorporer (à savoir, l'objet de la clause insérée dans la charte-partie), la « rédaction » de la clause à incorporer (à savoir son champ d'application) et la « formulation de la référence » dans le connaissement (à savoir la référence générale ou expresse)⁷¹². Tandis que la condition de la « référence » exigée est déterminée par la « nature » de la clause à incorporer, sa « rédaction » n'est pas prise en considération lorsque la référence est « spécifique » et démontre clairement la volonté des parties de l'incorporer au connaissement.

⁷¹⁰ V. *supra* n° 82.

⁷¹¹ P. TODD, "Incorporation of arbitration clauses into Bills of lading", *JBL* 1997, p. 331 (333).

326. – Dans ce contexte général, la jurisprudence *Thomas v Portsea* (*The Portsmouth*) a introduit en droit anglais, la règle du double contrôle pour l'incorporation de la clause compromissoire dans un connaissance de charte-partie⁷¹³ : d'une part, une référence « spécifique » à la clause d'arbitrage de la charte-partie est imposée, étant donné sa nature particulière ; d'autre part, la clause d'arbitrage de la charte-partie, doit être formulée de manière large afin de couvrir par sa lettre les litiges issus du contrat de transport. L'incorporation échoue aux deux degrés lorsque la référence est générale et la clause compromissoire ne couvre pas les litiges issus du connaissance⁷¹⁴.

Dans la jurisprudence *Thomas v Portsea*, l'exigence d'une référence « spécifique » pour la validité de l'incorporation de la clause compromissoire découle principalement de sa nature particulière⁷¹⁵. La clause compromissoire, tout en étant soumise aux mêmes règles que les autres clauses du contrat, est considérée comme une clause particulière et non « intrinsèque » au contrat de transport maritime⁷¹⁶. Contrairement à une clause concernant l'opération du transport maritime, (cf. la clause des surestaries⁷¹⁷), la clause compromissoire ne rentre pas naturellement dans

⁷¹² S.C. BOYD et al., *Scrutton on Charterparties*, 21^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2008, p. 70, par. A37, l'auteur présente les scénarios possibles issus de la combinaison de ces trois éléments pris en compte par la jurisprudence.

⁷¹³ *T. W. Thomas & Co, Ltd. v Portsea Steamship Co, Ltd (The Portsmouth)*, (HL), [1910] p. 293, [1911] p. 54, [1912], A.C. 1. Dans l'affaire *Astro Valiente Compania Naviera v The Government of Pakistan Ministry of food and Agriculture (The Emmanuel Colocontronis)* N° 2, [(1982) 1 *W.L.R.*, p. 1096, (1982) 1 *Lloyd's Rep.*, p. 286], le juge reprend l'analyse de l'affaire *The Portsmouth* sur la règle du double contrôle pour l'incorporation de la clause d'arbitrage. M. WAGENER, "Legal certainty and the incorporation of charterparty arbitration clauses in Bills of lading", *JMLC* 2009, vol. 40, n° 1, janv., p. 115 (121).

⁷¹⁴ *The Annefield* (A.C., [1971] 1 All E.R., p. 394, [1971] 1 *Lloyd's Rep.* p. 1), *Federal Bulk Carriers Inc v C. Itoh & Co. Ltd and others (The Federal Bulk)*, CA, [1989] 1 *Lloyd's Rep.* p. 103 (105), *Skips A/S Nordheim v Syrian Petroleum Ltd. (The Varenna)*, CA, [1984] *Q.B.*, p. 599, (dans ces affaires, la référence a été générale et la clause en soi ne couvrirait pas les litiges du connaissance, en conséquence, l'incorporation n'a pas été acceptée), *The Njegos*, (1935) 53 *Lloyd's L. R.* p. 286, et *The Phonizien*, [1966] 1 *Lloyd's Rep.* p. 150. Une exception a été signalée, dans l'affaire *Astro Valiente Compania Naviera v The Government of Pakistan Ministry of food and Agriculture (The Emmanuel Colocontronis)* N° 2, [1982] 1 *W.L.R.*, p. 1096, [1982] 1 *Lloyd's Rep.* p. 286, où le juge a accepté l'incorporation d'une clause compromissoire malgré la référence générale du connaissance.

⁷¹⁵ *T. W. Thomas & Co, Ltd. v Portsea Steamship Co, Ltd (The Portsmouth)*, (HL), [1910] p. 293, [1911] p. 54, [1912], A.C. 1, *The Annefield* (op. cit.), *The Federal Bulk*, op. cit., *The Varenna*, op. cit.

⁷¹⁶ Nous traduisons par « intrinsèque » le mot "germane" utilisé en anglais. Cf. *The Portsmouth*, op. cit., [1912] A.C. 1, 6 (Lord Atkinson) : "[...] when it is sought to introduce into a document like a bill of lading – a negotiable instrument – a clause [...] not germane to the receipt, carriage, or delivery of the cargo or the payment of the freight – the proper subject matters with which the bill of lading is conversant – this should be done by distinct and specific words, and not by such general words as those written in the margin of the bill of lading". [Nous soulignons.] La jurisprudence suivante a recours à cette expression et adopte la même position quant à la nécessité d'une référence spécifique, cf. *The Annefield* (op. cit.), *The Federal Bulk*, op. cit., *The Varenna*, op. cit., *The Njegos*, (op. cit.), *The Merak* [CA, [1964] 2 *Lloyd's Rep.* p. 527].

⁷¹⁷ Une clause considérée "germane" au contrat de transport n'exige pas une référence spécifique pour être incorporée au connaissance de charte-partie. Cf. *Maritime Corporation v Holborn Oil Trading Ltd (The Miramar)*, (HL), [1984] 3 *W.L.R.*, p. 1, [1984] A.C., p. 676, [1984] 2 *Lloyd's Rep.* p. 129, où le juge anglais a décidé que le porteur du connaissance,

les « termes et conditions générales » du contrat de transport⁷¹⁸. A plusieurs reprises, elle a été désignée comme une convention accessoire⁷¹⁹ requérant l'attention des parties lors de la formation du contrat, car elle déroge au régime général prévu dans un contrat de transport. Par ailleurs, elle a été jugée comme un « accord personnel » qui ne saurait engager des opérateurs maritimes, sauf leur consentement exprès⁷²⁰.

L'exigence d'une référence spécifique est fondée non seulement sur l'argument précédemment avancé, concernant la nature particulière de la clause compromissaire, mais aussi sur la position contractuelle du destinataire, tiers porteur du connaissement, qui acquiert les droits et les obligations figurant sur le document du connaissement. Nous avons déjà souligné qu'en droit anglais, ce connaissement constitue, entre les mains du destinataire des marchandises ou du porteur du document, une preuve « exclusive » du contrat de transport qu'il conclut avec le transporteur. Ce n'est qu'au moment de la restitution de ce document que le tiers se substitue à la position contractuelle du chargeur et prend connaissance des termes du contrat. La référence explicite à la clause d'arbitrage établit une preuve indéniable de la connaissance et du consentement du tiers à recourir à l'arbitrage. La jurisprudence rendue en matière d'incorporation d'une clause au connaissement de charte-partie a toujours souligné le caractère négociable du connaissement afin de renforcer les conditions de forme pour son incorporation⁷²¹.

succédant aux obligations du chargeur, était engagé par la clause des surestaries qui liait initialement le chargeur et le transporteur (propriétaire du navire).

⁷¹⁸ *The Annefield*, *op. cit.*, [1971] 1 *Lloyd's Rep.* p. 1 (4), citant: "[...] a clause which is directly germane to the subject matter of the bill of lading (that is, to the shipment, carriage and delivery of the goods) can and should be incorporated into the bill of lading contract, [...] But if the clause is one which is not thus directly germane, it should not be incorporated into the bill of lading contract unless it is done explicitly in clear words either in the bill of lading or in the charterparty". [Nous soulignons.]

⁷¹⁹ *Aughton*: « *self-contained contract collateral or ancillary* », reprise par *Ben Barret & Sons Ltd v Henry Boot Management Ltd*, CILL 1995, p. 1026, *Bremer Vulcan v South India Shipping*, HL, [1981] A.C., p. 909, [1981] 1 All E.R., p. 289, [1981] 1 *Lloyd's Rep.*, p. 253, *Cigna Life Insurance Co. v Intercaser SA de Seguros y Reaseguros*, QBD, 8 mai 2001, [2002] 1 All E.R. (Comm.), p. 235, [2001] *Lloyd's Rep. I.R.*, p. 821, *Welex AG v Rosa Maritime Limited*, [2002] EWHC 762 (Comm), confirmé par la Cour d'appel *Welex AG v Rosa Maritime Limited*, [2003] EWCA Civ 938, CA, [2003] 2 *Lloyd's Rep.* p. 509, XXX *Y.B. Com. Arb.* 2005, p. 633, F. SPARKA, *Jurisdiction and arbitration clauses in maritime transport documents, A comparative analysis*, Springer, Berlin, 2010, p. 131.

⁷²⁰ *Cigna Life Insurance Co. v Intercaser SA de Seguros y Reaseguros*, QBD, 8 mai 2001, [2002] 1 All E.R. (Comm.), p. 235, [2001] *Lloyd's Rep. I.R.*, p. 821.

⁷²¹ *Federal Bulk Carriers Inc v C. Itoh & Co. Ltd and others (The Federal Bulk)*, CA, [1989] 1 *Lloyd's Rep.* p. 103 (105), où le juge annonce : "Generally speaking, the English law of contract has taken a benevolent view of the use of general words to incorporate by reference standard terms to be found elsewhere. But in the present field a different, and stricter, rule has developed, especially where the incorporation of arbitration clauses is concerned. The reason no doubt is that a bill of lading is a negotiable commercial instrument and may come into the hands of a foreign party with no knowledge and no ready means of knowledge of the terms of the charter-party. The cases show that a strict test of incorporation having, for better or worse, been laid down, the Courts have in general defended this rule with some tenacity in the interests of

327. – Toutefois, dans l'arrêt *Aughton Ltd v MF Kent Services Ltd*, le juge Sir John Megaw a écarté l'importance de la nature négociable du connaissement en fondant son argumentation sur la nature particulière de la clause d'arbitrage afin d'établir la règle de la « référence spécifique » pour son incorporation, indépendamment du contrat dans lequel elle figure⁷²². En l'espèce, l'affaire concernait la question de l'engagement des sous-traitants par une clause compromissoire insérée dans un contrat de construction. L'engagement des sous-traitants par la clause compromissoire conclue par les parties initiales au contrat de construction suit le même raisonnement que l'engagement du destinataire par la clause insérée dans le contrat liant les parties initiales du contrat d'affrètement. Toutefois, le juge s'est fondé sur la nature particulière de la clause compromissoire pour exiger une convention d'arbitrage « écrite ». La justification d'une telle exigence était de protéger les parties d'un choix qui les prive de leur juge naturel, et de souligner que seule la « référence spécifique » satisfait à cette condition de forme.

Ainsi, la phrase souvent insérée dans les connaissements : « *tous les termes, les conditions, [les clauses de] libertés et [d']exceptions de la charte-partie sont incorporées [au présent connaissement]* »⁷²³ ne peut pas couvrir l'incorporation de la clause d'arbitrage qui figure parmi ces « termes et conditions ». Différentes phrases de ce type de formulation générale sont utilisées dans les connaissements de charte-parties, mais l'absence de toute stipulation au mot « arbitrage » les rend incapables

commercial certainty. If commercial parties do not like the English rule, they can meet the difficulty by spelling out the arbitration provision in the bill of lading and not relying on general words to achieve incorporation». Cette position a été reprise dans les affaires suivantes, cf. *The Annefield*, CA, [1971] 1 All E.R., p. 394, [1971] 1 Lloyd's Rep. p. 1 (3), *Skips A/S Nordheim v Syrian Petroleum Ltd. (The Varena)*, CA, [1984] Q.B., p. 599.

⁷²² *Aughton Limited v M.F. Kent Services Limited*, Court of Appeal, 4 nov. 1991, [1993] WL 963255, *Bull ASA* 1992, p. 555. Dans cette affaire, deux approches différentes ont été adoptées par les deux juges qui se sont prononcés sur le sujet en question. Tandis que les deux juges ont décidé l'inopposabilité de la clause compromissoire, rejetant une demande de « *stay of proceedings* » qui tentait d'affirmer la compétence d'un tribunal arbitral, le raisonnement de chacun était basé sur un fondement diamétralement opposé. D'une part, pour le juge Sir John Megaw, la demande était rejetée car une référence spécifique était exigée afin d'incorporer une clause d'arbitrage insérée dans un contrat ou un document séparé. D'autre part, le juge Ralph Gibson L.J. a soutenu que l'incorporation de la clause compromissoire était effective même en présence d'une référence générale mais, en l'espèce, l'inapplicabilité de la clause était due au fait qu'elle ne satisfaisait pas à l'exigence d'un « écrit », imposée par la loi en vigueur à cette époque [*Arbitration Act 1979* (art. 7.1)]. En effet, ce dernier avait jugé que la clause était conclue oralement et prouvée par un écrit, mais cela n'était pas suffisant selon l'interprétation consacrée à l'« écrit » par la version de la loi de 1979.

⁷²³ Même si la phrase en anglais est formulée différemment dans chaque titre de transport sous charte-partie, il existe une convergence dans la structure de la clause. La traduction de la phrase : « *all terms, conditions, liberties and exceptions of the charterparty are [herewith] incorporated* », [*The Phonizien*, [1966] 1 Lloyd's Rep. p. 150], est notée ci-dessus.

d'accomplir leur fonction d'information et de prévention des tiers porteurs du document. Au contraire, une longue jurisprudence témoigne que la référence expresse à la clause d'arbitrage de la charte-partie, même sans préciser les conditions exactes du déroulement de la procédure arbitrale, est suffisante pour engager le destinataire⁷²⁴.

328. – La seconde condition imposée par la jurisprudence *Thomas v Portsea* concernait la rédaction de la clause d'arbitrage insérée dans la charte-partie qui pouvait influencer, parfois de manière déterminante, sur son incorporation dans un autre document. Le texte de la clause d'arbitrage qui est expressément limité aux litiges issus de l'exécution de la charte-partie exclut, en principe, son application aux litiges issus du contrat de transport, à savoir du connaissement⁷²⁵. Toutefois, cette condition a été assez tôt remise en cause, lorsque les juges se sont fondés sur d'autres indices, notamment sur l'insertion d'une référence spécifique, afin de déterminer la volonté des parties d'appliquer la clause aux litiges du connaissement. Dans ce cas de figure, les juges se permettaient de procéder à une « reformulation de la phrase »⁷²⁶ du texte de la clause d'arbitrage afin que son champ d'application s'étende aux litiges du connaissement⁷²⁷. Toutefois et paradoxalement, ce maniement linguistique était justifié uniquement en présence d'une référence spécifique témoignant clairement de la volonté des parties⁷²⁸.

⁷²⁴ Il est très répandu dans les connaissements de type « *Congen Bill* » de retrouver une phrase qui renvoie spécifiquement à la charte-partie type « *Congen* » : « [...] to be used with charterparties [...] » et à ses conditions contractuelles : « *All terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dates as overleaf, including the Law and Arbitration Clause, are herewith incorporated.* » De manière générale cette formulation permet l'incorporation de la clause d'arbitrage, mais le débat soulevé devant les juges peut porter sur l'identification de la charte-partie ou sur l'existence même de la charte-partie, cf. *Welex AG v Rosa Maritime Limited*, [2002] EWHC 762 (Comm), confirmé par la Cour d'appel *Welex AG v Rosa Maritime Limited*, CA, [2003] EWCA Civ 938, [2003] 2 *Lloyd's Rep.* p. 509, XXX *Y.B. Com. Arb.* 2005, p. 633, *Owners of cargo lately laden on board the M/V 'Delos' v Delos Shipping Ltd*, [2001] WL 15080, [2001] 1 *Lloyd's Rep.* p. 703.

⁷²⁵ Il est intéressant de mentionner qu'en droit américain, la clause de charte-partie doit expressément permettre, par sa rédaction, l'application de celle-ci aux litiges issus du connaissement. *Vimar Seguros y Reaseguros v M/V Sky Reefer*, 515 US 528115 SCt 2322, 132 L Ed. 2d 462 (1995). Cf. J.-L. GOUTAL, « La clause compromissoire dans les connaissements : la Cour de Cassation française et la Cour Suprême des États-Unis adoptent des solutions opposées », *Rev. arb.* 1996, p. 605, R. FORCE, M. DAVIES, « Forum selection clauses in international maritime contracts », in M. DAVIES (Ed.), *Jurisdiction and forum selection in international maritime law, Essays in honor of Robert Force*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, p. 1 (4), M. DAVIES, « Litigation fights back : Avoiding the effect of arbitration clauses in charterparty bills of lading », *JMLC* 2004, vol. 35, p. 617 (630 et suiv.), *Id.*, « Forum selection clauses in maritime cases », *Tul. Mar. L. J.* 2003, vol. 27, p. 367 (369 et suiv.).

⁷²⁶ La doctrine anglaise utilise l'expression « *verbal manipulation* », cf. D. J. SUTTON, J. GILL, M. GEARING, *Russell on arbitration*, 23^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 71, P. TODD, « Incorporation of arbitration clauses into Bills of lading », *JBL* 1997, p. 331 (333), ainsi que la jurisprudence, cf. *The Merak*, CA, [1964] 2 *Lloyd's Rep.* p. 527, *The Annefield*, CA, [1971] 1 All E.R., p. 394, [1971] 1 *Lloyd's Rep.* p. 1, *Maritime Corporation v Holborn Oil Trading Ltd (The Miramar)*, (HL), [1984] 3 *W.L.R.*, p. 1, [1984] *A.C.*, p. 676, [1984] 2 *Lloyd's Rep.* p. 129.

⁷²⁷ P. TODD, *op. cit.*, p. 331 (334 et suiv.).

⁷²⁸ Le juge J Clarke reconnaît la possibilité d'une telle exception dans l'affaire *The Nerano*, QBD, [1994] 2 *Lloyd's Rep.* p. 50. Cf. également *The Phonizien*, [1966] 1 *Lloyd's Rep.* p. 150, *The Rena K*, QBD, [1979] *Q.B.*, p. 377 (391), *Skips A/S*

Dans le fameux arrêt *The Merak*⁷²⁹, la clause était ainsi formulée : “[a]ll the terms, conditions, clauses and exceptions including clause 30, contained in the said charterparty to apply to this bill of lading and are deemed to be incorporated herein”. Or, la clause d’arbitrage insérée dans la charte-partie figurait sous le numéro « 32 ». En l’espèce, les juges ont accepté l’incorporation de la clause, selon l’argument que les parties avaient par erreur mentionné la clause « 30 », qui stipulait le droit du propriétaire du navire de substituer un navire à un autre pour le voyage, au lieu de la clause « 32 ». L’interprétation du texte permettait de comprendre que l’intention des parties était de préciser et d’incorporer la clause compromissoire, malgré la faute commise. Par ailleurs, la formulation de la clause d’arbitrage dans la charte-partie, permettait explicitement son application aux litiges issus du connaissement émis sous cette charte-partie. Il convient de souligner que cette formulation spécifique de la clause a particulièrement pesé sur le résultat juridique.

Sans préciser la nature de la référence effectuée, considérée par certains comme générale et par d’autres comme spécifique⁷³⁰, le facteur déterminant dans l’issue de cette affaire n’était plus la nature de cette référence insérée dans le connaissement mais surtout la formulation expresse de la clause d’arbitrage en soi. C’est seule la lecture de la clause d’arbitrage de la charte-partie qui a attesté de la clarté de la volonté des parties d’incorporer la clause au connaissement.

La jurisprudence *The Merak* fut une exception⁷³¹ à la longue jurisprudence anglaise, qui examinait conjointement les deux documents (le connaissement et la charte-partie) et qui exigeait une formulation sans équivoque de la référence⁷³². Dans cette affaire, l’incorporation de la clause par référence a réussi, même en présence d’une référence peu

Nordheim v Syrian Petroleum Ltd. (The Varenna), [AC, (1984) Q.B., p. 599], *Owners of cargo lately laden on board the M/V ‘Delos’ v Delos Shipping Ltd*, [2001] WL 15080, [2001] 1 *Lloyd’s Rep.* p. 703.

⁷²⁹ *The Merak*, *op. cit.*

⁷³⁰ V. M. WAGENER, “Legal certainty and the incorporation of charterparty arbitration clauses in Bills of lading”, *JMLC* 2009, vol. 40, n° 1, janv., p. 115 (118). En analysant la clause, l’auteur conclut que : “it was clear from the wording of the descriptive clause that the parties intended specific reference to the arbitration clause but they referred to another, irrelevant clause, by mistake”.

⁷³¹ P. TODD, “Incorporation of arbitration clauses into Bills of lading”, *JBL* 1997, p. 331 (349).

⁷³² M. WAGENER, “Legal certainty and the incorporation of charterparty arbitration clauses in Bills of lading”, *JMLC* 2009, vol. 40, n° 1, janv., p. 115 (121).

claire, voire fausse. Malgré l'échec du contrôle à « deux niveaux », la validité de la clause a été retenue.

329. – Peu à peu, la dissociation de deux documents lors de l'examen de la validité des clauses commence à se généraliser, dérogeant ainsi à la règle du double contrôle. La doctrine se réjouit de cette évolution en mettant surtout en avant l'inopportunité de recourir au texte d'un document, (cf. la charte-partie), auquel les parties ont un accès limité⁷³³. La jurisprudence accepte l'incorporation d'une clause d'arbitrage réalisée par une référence spécifique, même si la lettre de la clause ne couvre pas les litiges issus du connaissement. La jurisprudence des affaires *Rena K*⁷³⁴, *The Nerano*⁷³⁵ et *Delos*⁷³⁶ a affirmé que la référence spécifique constitue une manifestation suffisante afin de présumer le consentement du cessionnaire aux droits du chargeur, le destinataire, à la clause spécifiquement reproduite sur le connaissement de charte-partie⁷³⁷. C'est pour cette raison qu'en droit anglais, la règle du double contrôle a été écartée au profit de la clarté d'une référence spécifique.

330. – Pour conclure, l'approche formaliste de la jurisprudence anglaise, qui exige une référence spécifique, s'appuie à la fois sur la nature lourde et exceptionnelle de la clause d'arbitrage et sur la spécificité de la construction du contrat. En l'espèce, la clause d'arbitrage n'est pas considérée comme « *germane* » avec l'objet du contrat principal, à savoir le transport maritime. D'autre part, la spécificité concerne la circulation du connaissement entre les mains de tiers qui n'ont pas participé à la formation du contrat dans lequel la clause a été initialement insérée. La construction du contrat de transport maritime, à l'égard du destinataire, rentre dans la catégorie du

⁷³³ Les objections formulées contre cette solution adoptée par la jurisprudence anglaise se basent sur le fait que la lecture simultanée de l'ensemble des documents est pratiquement impossible et qu'il paraît difficile de décider de l'incorporation de la clause par référence en se fondant sur le contenu de la clause arbitrale insérée dans un autre contrat. V. dans ce sens P. TODD, *op. cit.*, p. 331. V. aussi D. DI PIETRO, "Validity of arbitration clauses incorporated by reference", in E. GAILLARD, D. DI PIETRO, (Ed.), *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards*, London, Cameron May, 2008, p. 355 (364).

⁷³⁴ *The Rena K*, QBD, [1979] *Q.B.*, p. 377, *Owners of cargo lately laden on board the M/V 'Delos' v Delos Shipping Ltd*, [2001] WL 15080, [2001] 1 *Lloyd's Rep.* p. 703.

⁷³⁵ *The Nerano*, QBD, [1994] 2 *Lloyd's Rep.* p. 50. Dans cette affaire, au verso du connaissement, a été stipulée une référence spécifique, renvoyant à la clause d'arbitrage de la charte-partie ; parce que la clause en soi faisait référence aux « *charterers* », son application au connaissement était possible selon une reformulation du texte de la clause, afin d'inclure aussi les litiges du contrat de transport ; l'incorporation a été acceptée.

⁷³⁶ *The Delos*, *op. cit.* Dans cette affaire, deux types de connaissement ont été émis à partir de la même charte-partie. Un connaissement *Congen Bill* qui stipulait expressément la clause d'arbitrage sur celui-ci et un autre, *Ocean Bill*, qui faisait une référence générale à la charte-partie. L'incorporation a été acceptée pour le *Congen Bill* mais non pas pour l'*Ocean Bill*.

« *two-contract scenario* » du droit anglais : une référence expresse est exigée lorsque les clauses à incorporer figurent dans des contrats séparés et conclus par des personnes différentes⁷³⁸. Pour des raisons de sécurité commerciale, la doctrine semble aussi soutenir cette solution, étant donné que le tiers destinataire ou porteur du connaissement n'a pas accès au contrat contenant la clause initiale et par ailleurs, la référence spécifique est une preuve solide de sa connaissance afin d'établir la présomption de son acceptation⁷³⁹.

ii. *La jurisprudence grecque*

331. – Selon le droit grec, le destinataire ou tiers porteur du connaissement est le bénéficiaire d'une stipulation faite pour lui, par le transporteur et l'expéditeur des marchandises⁷⁴⁰. Toutefois, le tiers acquiert les droits issus du contrat de transport par l'endossement du connaissement, titre littéral et représentatif des biens. Ainsi, le transfert des droits et des obligations est soumis aux règles qui régissent ces documents particuliers⁷⁴¹, à savoir les règles de l'endossement d'un connaissement émis à l'ordre ou les règles de cession des droits figurant sur le connaissement nominatif ou au porteur.

Étant donné que les titres représentatifs de biens sont soumis à un formalisme strict, la jurisprudence grecque a été cristallisée dans l'arrêt de la Cour suprême grecque de 1966⁷⁴², subordonnant l'incorporation d'une clause par référence au connaissement de charte-partie à la condition qu'il s'agisse d'une référence spécifique⁷⁴³. Cette position jurisprudentielle,

⁷³⁷ St. BREKOULAKIS, *Third parties in international commercial arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 42, § 2.65.

⁷³⁸ A. TWEEDDALE, K. TWEEDDALE, "Incorporation of arbitration clauses revisited", *Arbitration* 2010, vol. 76, n° 4, p. 656 (658), A. MASOOD, "Arbitration clauses, fairness, justice and commercial certainty", *Arb. Int'l* 2010, vol. 26, n° 3, p. 409 (413).

⁷³⁹ St. BREKOULAKIS, *op. cit.*, p. 75, § 2.232 (ainsi que p. 68, § 2.193).

⁷⁴⁰ V. *supra* n° 86.

⁷⁴¹ G. PAPADOYIANNIS, « Ισχύς των ρητρών διαιτησίας και παρεκτάσεως αρμοδιότητας έναντι των τρίτων εκδοχέων απαιτήσεως ή κοιμιστών τίτλου εξ οπισθογραφήσεως » [« La validité des clauses d'arbitrage et de prorogation de compétence à l'égard des tiers cessionnaires de créance ou des porteurs des titres par endossements »], *Νομ.Β.* 1995, t. 43, p. 312, KERAMEAS K., « Juridiction internationale en matière de droit maritime dans les pays européens et notamment en Grèce » [« Διεθνής Δικαιοδοσία επί διαφορών ναυτικού δικαίου στις ηπειρωτικές χώρες και ιδίως στην Ελλάδα »], *Νομ. Β.* 1983, vol. 31, p. 28.

⁷⁴² Cour de cassation grecque, ass. pl. [Ολ. Άρειος Πάγος] 236/1966, *Ε.Εμπ.Α.* IZ 1966, p. 290, *Νομ. Β.* 1966, p. 1111, *EEN* 33 1966, p. 932, A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαιτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 288.

⁷⁴³ *Ibid.*, p. 309, M. TSIKOURI, « Ζητήματα τύπου της συμφωνίας περί διαιτησίας (κατά τον ΚΠολΔ και τη Σύμβαση της Νέας Υόρκης) », [« La forme de la convention d'arbitrage (selon le CPC et la Convention de New York) »], (12) *ΔΕΕ* 1998, p. 1198 (1205).

qui se rapproche de la jurisprudence anglaise, a certainement contribué à la solution finalement retenue par le législateur grec en matière d'arbitrage international. La loi consacrée à l'arbitrage international a spécifiquement prévu que l'incorporation de la clause d'arbitrage dans un connaissement soit valable lorsqu'une référence spécifique est faite à la clause insérée dans la charte-partie ou dans les conditions générales du contrat de transport⁷⁴⁴.

332. – Toutefois, avant l'adoption de cette loi, la jurisprudence grecque avait adopté le régime général de l'incorporation d'une clause contractuelle dans le connaissement de charte-partie. Ainsi, l'incorporation de la clause compromissoire était soumise au même régime, sans tenir compte des normes spécifiquement applicables à celle-ci. Plus concrètement, dans l'arrêt de 1966, il a été décidé que le porteur d'un connaissement n'était pas lié par les termes de la charte-partie entre l'affrèteur et le fréteur, « [...] *sauf si ces termes sont, d'une part, relatifs au rapport contractuel entre le transporteur et le destinataire, et, d'autre part, si le connaissement fait référence expresse et explicite aux clauses précises de la charte-partie, interprétée [cf. la référence] de manière objective et conforme aux usages du commerce, et non pas selon la volonté de l'affrèteur et du fréteur [cf. les cocontractants au contrat d'affrètement]; cette dernière interprétation [conformément à la volonté des parties de la charte-partie] est suffisante lorsque le destinataire invoque en sa faveur et à l'encontre du transporteur une clause incorporée au connaissement. Ces conditions sont également applicables à la clause lourde insérée dans la charte-partie, prévoyant un arbitrage à l'étranger [...]* »⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴ Art. 7 §6 de la loi 2735/1999. Avant l'arrêt de 1966, une jurisprudence assez libérale reconnaissait l'incorporation des clauses arbitrales par une référence générale du connaissement à la charte-partie. Les conditions de l'incorporation étaient beaucoup moins strictes que celles imposées en droit anglais. V. à cet égard : D. MARKIANOS, note sous l'arrêt Tribunal de première instance du Pirée 1021 / 1967, *E.Εμπ.Δ.* 1967, n° 5, p. 247 (250), et la jurisprudence citée, P. AVRAMEAS, « Η ενσωμάτωση των ρητρών του ναυλοσυμφώνου στη φορτωτική » [« L'incorporation des clauses de la charte-partie au connaissement »], (5) *Ναυτ.Δ.* 2003, p. 363.

⁷⁴⁵ La traduction de l'arrêt est effectuée par nos soins. Pour le texte en grec : « ... εκτός εάν οι όροι ούτοι το μεν προσήκουν και εις τας σχέσεις μεταφορέως και παραλήπτου, το δε εγένετο διά της φορτωτικής ρητή και ευκρινής παραπομπή εις τας ειδικάς ρήτρας του ναυλοσυμφώνου, ερμηνευομένη κατ'αντικειμενικήν κρίσιν και συμφώνως προς τα συναλλακτικά ήθη, ουχί δε απλώς κατά διερεύνησιν της βουλήσεως των συμβληθέντων εκναυλωτού και ναυλωτού, ήτις τελευταία ερμηνεία αρκεί εν τη περιπτώσει, καθ'ήν αντιστρόφως ο παραλήπτης προβάλλει υπέρ εαυτού και κατά του μεταφορέως την ύπαρξιν τιαύτης ρήτρας ενσωματωθείσης εις την φορτωτικήν. Αι αρχαί αύται είναι εφαρμοστέαι και επί της εν τω ναυλοσυμφωνητικού προβλεπομένης επαχθούς ρήτρας περί συνυποσχετικού διαιτησίας, διενεργησομένης εν τη αλλοδαπή [...]. »

Trois conditions d'incorporation des clauses par référence au document du connaissement peuvent être déduites de cet arrêt⁷⁴⁶. L'incorporation est valable si les conditions de « formalisme », de « clarté » et de « pertinence » sont respectées⁷⁴⁷. La « référence » expresse à la clause d'arbitrage doit être insérée dans le connaissement, et non pas dans un document séparé, afin de satisfaire à la condition de formalisme imposée pour son incorporation au connaissement de charte-partie. Cette exigence est la conséquence directe de la nature littérale du connaissement. La négociabilité du connaissement justifie que le tiers porteur prenne connaissance des termes du contrat de transport par le texte inséré dans le corps même du titre de transport. C'est la raison pour laquelle la condition d'une référence expresse sur le titre a été clairement consacrée par la loi de 1999 en matière d'arbitrage international, certainement sous l'influence du principe de formalisme déduit de l'article II.2 de la Convention de New York⁷⁴⁸.

La condition de la « clarté » est respectée lorsque la référence vise une clause précisément annoncée dans la charte-partie, en indiquant soit, l'objet de la clause (cf. « la clause d'arbitrage de la charte-partie »), soit, sa numérotation (cf. « la clause n° [...] de la charte-partie »)⁷⁴⁹. Aussi, est-il important de pouvoir identifier la charte-partie en question. Lorsque le porteur ne peut pas identifier le contrat contenant la clause en question et n'aurait pas accès au texte du contrat, aucune référence ne peut rendre l'incorporation effective⁷⁵⁰.

Conformément à l'exigence de la « pertinence », l'incorporation n'a lieu que si la clause peut s'appliquer dans le cadre du contrat de transport. Il s'agit ici uniquement de la condition pour incorporer des clauses dont la formulation permet leur insertion

⁷⁴⁶ À cette époque, aucune distinction n'est faite entre le traitement des clauses d'arbitrage et les autres clauses contractuelles se trouvant dans la charte-partie.

⁷⁴⁷ Même si les trois règles sont invoquées dans cet arrêt, la règle du formalisme (en grec : « αρχή της τυπικότητας »), de la clarté (en grec : « της σαφήνειας »), de la pertinence (en grec : « της συνάφειας »), il reconnaît une autre règle d'incorporation : celle de la légitimité (en grec : « της νομιμότητας »). En l'espèce, la « légitimité » de la clause compromissoire est affirmée par les conventions internationales précitées en matière de transport maritime et d'arbitrage international. À cet égard : A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαιτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές* [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales], Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 263 et 293.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 293.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 297.

⁷⁵⁰ Cour d'appel d'Athènes [Εφετείο Αθηνών] 3894/1976, (4) *E.N.A.* 1976, p. 396, Tribunal de grande instance du Pirée [Πολυμελές Πρωτοδικείο Πειραιώς] 2104/1980, (9) *E.Navt.A* 1981, p. 69 (71), Tribunal de grande instance du Pirée [Πολυμελές Πρωτοδικείο Πειραιώς] 907/1974, (3) *E.Navt.A* 1975, p. 65 (70,71), P. AVRAMEAS, « Η ενσωμάτωση των ρητρών του ναυλοσυμφώνου στη φορτωτική » [« L'incorporation des clauses de la charte-partie au connaissement »], (5) *Navt.A.* 2003, p. 363 (374).

harmonieuse dans le contrat de transport. Il est possible de discerner dans cette condition l'exigence d'une formulation assez générale de la clause d'arbitrage de la charte-partie, à même de couvrir les litiges issus du connaissement. Par ailleurs, il est admis que cette règle oblige aussi à examiner la nature de la clause en question. Ce point relève de la même problématique que celle de la nature « intrinsèque » de la clause compromissoire au contrat de transport⁷⁵¹.

333. – Enfin, il est aussi intéressant de souligner que l'arrêt fait allusion à un élément supplémentaire apte à prouver la volonté réelle des parties eu égard à l'incorporation d'une clause par référence. Selon l'arrêt, la référence doit être interprétée de façon « objective » et conformément aux « usages du commerce ». Lors de l'examen de la validité de la clause arbitrale, cette condition peut jouer un rôle complémentaire, voire déterminant. Plusieurs débats ont eu lieu lors de l'interprétation de ce critère par le juge grec^{752, 753}.

B. Vers un assouplissement de l'exigence de la référence spécifique

i. Les cas isolés admettant l'incorporation par une référence générale

334. – Tout en ayant un impact limité, la règle de la référence spécifique est interrompue par des décisions statuant en sens contraire. Dans l'affaire *Astro Valiente*⁷⁵⁴, la référence incluse dans le connaissement était assez générale et renvoyait à la charte-partie pour toutes les conditions et exceptions aptes à s'incorporer au contrat de transport⁷⁵⁵. Par ailleurs, la clause d'arbitrage qui figurait dans la charte-partie était si abstraite qu'elle incluait tous les litiges issus de la charte-partie, sans évoquer spécifiquement les litiges du connaissement. Le juge a retenu que la volonté réelle des parties consistait à incorporer aussi la clause

⁷⁵¹ A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαιτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές* [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales], Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 265, 293.

⁷⁵² V. A. TSAVDARIDIS, *ibid.*, p. 293, P. AVRAMEAS, *op. cit.*, p. 363 (371).

⁷⁵³ Nous en exposerons l'importance plus loin. V. *infra* n° 337.

⁷⁵⁴ *Astro Valiente Compania Naviera v The Government of Pakistan Ministry of food and Agriculture (The Emmanuel Colocotronis)* N° 2, [1982] 1 *W.L.R.*, p. 1096, [1982] 1 *Lloyd's Rep.* p. 286.

d'arbitrage dans le contrat de transport. Il s'appuie sur la neutralité du texte, à la fois de la référence et de la clause, pour se prononcer contrairement à la juridiction établie. Toutefois, cette jurisprudence n'a pas été suivie par les autres décisions judiciaires anglaises.

335. – En Grèce, une décision statuant à l'encontre de la règle stricte du formalisme applicable en la matière a suscité un vif débat. L'arrêt de 1997, prononcé par la Cour d'appel du Pirée⁷⁵⁶, portait sur un connaissance type « *Congenbill* ». Ce connaissance émis à l'exécution d'une charte-partie contenait la référence générale : « *tous les termes, conditions et exceptions de la charte-partie à la date indiquée au verso, sont incorporés dans le connaissance* »⁷⁵⁷. La Cour d'appel s'est fondée sur la présomption de connaissance du destinataire afin d'accepter l'opposabilité de la clause d'arbitrage. Le destinataire avait la possibilité de recourir au texte de la charte-partie expressément mentionnée sur le connaissance. Toutefois, il ne s'agissait pas d'une présomption absolue car le tiers porteur du connaissance avait la possibilité de prouver le contraire : malgré l'identification de la charte-partie concernée, il ne pouvait pas avoir accès à ce texte et prendre connaissance de la clause arbitrale.

La doctrine grecque a salué cette solution et a recherché son fondement dans l'arrêt de 1966⁷⁵⁸ qui avait inséré les règles d'incorporation de la clause compromissoire par

⁷⁵⁵ “*Unto order of the [consignees] or to his/their assigns freight paid paying freight for the sais goods as per charter-party dated [...]. All other conditions, exceptions, demurrage, general average and for disbursements as per above named charterparty*”. [Nous soulignons.]

⁷⁵⁶ Cour d'appel du Pirée [Εφετείο Πειραιώς] 201/1997, *Ε.Εμπ.Α.* ΜΗ 1997, p. 326, 475 / 2005, *ΔΕΕ* 2005. Cette (dernière) affaire a été jugée lors d'un examen *prima facie* de la validité de la clause d'arbitrage devant le juge étatique. Le juge a décidé que la clause était valide afin de se dessaisir et de renvoyer l'affaire devant les arbitres compétents. Le contrôle *prima facie* de la Cour est plus léger que celui effectué par les arbitres statuant sur leur propre compétence, ainsi que par rapport au contrôle au stade de la demande de reconnaissance et d'exécution de la sentence arbitrale (v. *supra* n° 124). Toutefois, l'argumentation du juge étatique ne peut qu'attirer notre attention car il recherche la validité de la clause d'arbitrage par référence en application de la Convention de New York, et l'interprète selon les principes de l'ordre juridique grec.

⁷⁵⁷ Par ailleurs, l'article 37 du connaissance précisait : “*To be used with Charter-Parties*”. Le connaissance *Congenbill* de 1978 contenait ce type de clauses précitées, sans référence précise aux clauses du droit applicable et d'arbitrage, insérées dans la charte-partie à laquelle il renvoyait. Cette imprécision a été abandonnée par les éditions suivantes du *Congenbill*, émises par BIMCO, et dès lors une référence spécifique à l'arbitrage est insérée dans la clause 1 (cf. Annexe n° 2 : *Congenbill 2007* et la version 1978 sur le site internet :

http://maritimeknowhow.com/wp-content/uploads/image/Charterparties/Figures/bill_of_lading_viano.pdf

(consulté le 12/03/2014). Cf. avec le connaissance de charte-partie Scanconbill 1993 (Annexe n° 3) qui renvoie globalement à la charte-partie dans le premier paragraphe, à la page 1 des conditions générales du transport.

⁷⁵⁸ Cour de cassation grecque, ass. pl. [Ολ. Άρειος Πάγος] 236/1966 (précité), *Ε.Εμπ.Α.* ΙΖ 1966, p. 290, *Νομ. Β.* 1966, p. 1111, *ΕΕΝ* 33 1966, p. 932, Α. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαιτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 288

référence. Cet arrêt énonçait que l'incorporation est valable « *si le connaissance fait référence expresse et explicite aux clauses précises de la charte-partie, interprétée [cf. la référence] de manière objective et conforme aux usages du commerce, [...]* ». Il a été soutenu⁷⁵⁹ que les critères insérés dans la deuxième partie de la phrase, à savoir l'interprétation « objective de la référence » et conforme aux « usages du commerce », sont activés lorsque les termes du contrat de transport liant les parties ne résultent pas des mentions du titre du connaissance.

Autrement dit, même dans le cas d'une référence générale, l'incorporation de cette clause pourrait être admise si les usages du commerce et l'interprétation objective permettent de déduire que la référence renvoie à une charte-partie précise et que l'ensemble de ces clauses doivent être considérées comme incluses dans le connaissance. Selon cette analyse, le texte de la clause compromissoire doit également permettre son application aux litiges issus du contrat de transport. Cette deuxième lecture de l'arrêt de 1966 se rapproche de la solution de l'arrêt de 1997 et permet l'atténuation du formalisme en matière de connaissance maritime.

Dans le prolongement de cette analyse, il nous semble qu'en l'absence d'une mention spécifique de la clause d'arbitrage sur le titre de transport, la jurisprudence grecque ainsi que la doctrine se montraient prêtes à accepter, sous certaines conditions, une référence générale et la validité d'une clause qui ne résulte pas directement du texte du connaissance. Ainsi, le caractère absolu du titre littéral attribué au connaissance est affaibli. Il semble qu'une référence générale aurait pu être suffisante lorsque le destinataire a accès à ladite clause, même insérée dans un document séparé, de même lorsque la généralisation de l'usage des clauses d'arbitrage dans ce secteur du commerce justifie la présomption de connaissance de sa part⁷⁶⁰.

336. – Toutefois, la loi grecque 2735/1999 sur l'arbitrage international a clairement choisi le formalisme strict en matière d'incorporation de la clause d'arbitrage par

⁷⁵⁹ A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαιτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 311, G. OIKONOMOPOULOS, note sous l'arrêt Cour d'appel du Pirée [Εφετείο Πειραιώς] 604 / 1979, (11) *Dike* 1980, p. 783 (792), D. MARKIANOS, note sous l'arrêt Tribunal de Première instance du Pirée [Πολυμελές Πρωτοδικείο Πειραιώς], *Ε.Εμπ.Α.* 1967, p. 247 (253).

⁷⁶⁰ A. TSAVDARIDIS, *op. cit.*, p. 313.

référence spécifiquement au connaissance de charte-partie. La loi exige une référence expresse à titre de validité⁷⁶¹. Nonobstant cette prévision, la jurisprudence a accepté, à certaines conditions⁷⁶², la validité de la clause d'arbitrage incorporée avec une référence générale à un autre contrat (mais non pas à un connaissance de charte-partie). Il s'agit des cas selon lesquels les parties, habituées à résoudre les litiges par la voie de l'arbitrage, connaissent les usages de leur secteur du commerce. Dans ce cadre, le silence des parties est considéré comme acceptation de la clause⁷⁶³.

ii. *La prise en considération des « indices » autres que la nature spécifique de la référence*

337. – Mis à part les cas précités, mentionnés comme cas « d'exception », il convient de revenir sur la ligne jurisprudentielle tant anglaise que grecque qui soumet la validité de l'incorporation à une référence spécifique. En examinant de près le raisonnement des juges étatiques dans la jurisprudence précitée, il nous semble que l'incorporation de la clause d'arbitrage et son opposabilité au tiers porteur du connaissance dépendent non seulement d'une condition de forme, qui doit être satisfaite par une référence spécifique, mais aussi d'autres indices qui permettent de prouver le consentement des parties.

338. – Même si l'exigence d'une référence spécifique reste toujours la règle, les juges n'hésitent pas à tempérer leur position exprimée dans le *dictum* d'une décision⁷⁶⁴ ou, même dans le raisonnement d'un avis dissident⁷⁶⁵. La nature de la référence n'est pas le seul critère pris en considération pour se prononcer sur les conditions d'incorporation de la clause d'arbitrage dans le connaissance de charte-partie. Par ailleurs, en droit anglais, le formalisme n'est exigé qu'à titre de preuve du consentement des opérateurs impliqués dans l'opération du transport maritime. Il est

⁷⁶¹ Art. 7§6 de la loi grecque 2735/1999 précité.

⁷⁶² L'affaire de 1997 démontre surtout l'importance de la connaissance présumée du porteur d'un connaissance se référant expressément à la charte-partie, même si cette référence n'est pas faite à la clause arbitrale de la charte-partie.

⁷⁶³ Tribunal de grande instance Xanthi [Π. Πρωτ. Ξάνθης] 10/2002, (50) No.B. 2002, p. 1002 (1003) reprenant le raisonnement de l'arrêt Athènes 9671 / 1995, (2) AEE 1996, p. 849 (850).

⁷⁶⁴ C'est le cas de l'énoncé du Juge J Brandon, dans l'affaire *Annefield* (C.A., [1971] 1 All E.R., p. 394, [1971] 1 *Lloyd's Rep.* p. 1), où il a soutenu que la référence générale à une clause d'arbitrage insérée dans la charte-partie pourrait éventuellement permettre son incorporation au connaissance, si la clause d'arbitrage en soi s'appliquait expressément aux conflits issus du connaissance (contrat de transport) : « [...], where the arbitration clause by its terms applies both to disputes under the charterparty and to disputes under the bill of lading, general words of incorporation will bring the clause into the bill of lading so as to make it applicable to disputes under that document. »

donc évident que l'analyse des juges ne s'arrête pas à la constatation de la référence spécifique ou pas, mais que l'objectif recherché est l'établissement du consentement à la clause d'arbitrage⁷⁶⁶.

Dans l'arrêt « *Welex AG v Rosa Maritime Limited*⁷⁶⁷ », il a été souligné que mise à part la référence spécifique, la volonté des parties d'incorporer la clause d'arbitrage de la charte-partie au connaissement s'est aussi manifestée par d'autres facteurs : l'émission de la charte-partie et du connaissement a eu lieu à l'occasion du même voyage, effectué par le même transporteur ; puis, il a été mentionné que le transporteur (propriétaire du navire) désirait avoir les mêmes obligations et droits envers les porteurs du connaissement ainsi qu'envers tous les affréteurs ; enfin, ce type de connaissement comporte une mention explicite d'utilisation avec la charte-partie.

De surcroît, la rédaction assez précise d'une clause arbitrale, couvrant spécifiquement les litiges du connaissement, a joué un rôle décisif dans le décryptage de la volonté réelle des parties. Dans l'affaire *Merak*⁷⁶⁸, l'interprétation de l'intention des parties, face à une clause par référence stipulant par erreur le numéro d'une autre clause, s'est fondée sur le contenu de la clause d'arbitrage insérée dans la charte-partie⁷⁶⁹.

339. – Les pratiques commerciales habituelles des parties, leur qualification personnelle (s'agissant de commerçants professionnels⁷⁷⁰ ou consommateurs, etc.), les usages du commerce et toutes les circonstances spécifiques de l'incorporation, permettant d'effectuer une interprétation objective de leur comportement constituent des indices, en dehors de la stricte lettre de la clause de référence. Ils sont pris en considération afin de constater la validité de la clause par référence et d'établir le

⁷⁶⁵ Dans les affaires *The Nerano*, QBD, [1994] 2 *Lloyd's Rep.* p. 50, *The Merak* [CA, [1964] 2 *Lloyd's Rep.* p. 527] et *The Annefield* (op. cit.), une telle dérogation a été reconnue par les juges mais elle ne s'appliquait pas en l'espèce.

⁷⁶⁶ St. BREKOULAKIS, *Third parties in international commercial arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 189, § 6.55.

⁷⁶⁷ *Welex AG v Rosa Maritime Ltd (The Epsilon Rosa)* (N° 1), [2002] EWHC 762 (Comm.) et 2033 (Comm.), [2002] 1 All E. R. (Comm.) p. 939, [2002] 2 *Lloyd's Rep.* p. 81, 2002 WL 498893, *Y.B. Com. Arb.* XXX 2005, p. 633, confirmé par la Cour d'appel [*Welex AG v Rosa Maritime Limited, (The Epsilon Rosa)* (N° 2), [2003] EWCA Civ. 938, [2003] 2 *Lloyd's Rep.* p. 509, 2003 WL 21353416, *Y.B. Com. Arb.* XXX 2005, p. 633].

⁷⁶⁸ *The Merak*, op. cit.

⁷⁶⁹ Lorsque la solution de recourir à la lettre de la clause d'arbitrage ne constitue pas une condition obligatoire mais simplement un indice apte à éclairer la volonté des parties, les objections exprimées contre le recours au document de la charte-partie n'ont pas lieu dans ce contexte.

consentement des opérateurs participants⁷⁷¹. Ainsi, admettant que la preuve de leur volonté ne réside pas uniquement dans l'« écrit » de la clause par référence au contrat principal, un assouplissement de la stricte règle du formalisme est en train de se produire.

Par ailleurs, l'admission de l'incorporation de toutes les stipulations contractuelles de la charte-partie, sauf l'incorporation de la clause compromissoire, n'est pas justifiée face aux opérateurs impliqués⁷⁷². Toutefois, même si la vraie connaissance des opérateurs n'est plus une condition indispensable, la possibilité de la prise de connaissance demeure une exigence pour l'opposabilité de la clause d'arbitrage⁷⁷³.

340. – La tendance à assouplir cette position de la jurisprudence grecque se heurte sans doute à la lettre de la loi qui se prononce clairement en faveur d'une référence spécifique. Au contraire, en droit anglais, la marge de l'interprétation offerte par la loi a conduit la jurisprudence en question à introduire la distinction entre « *single-contract scenario* » et « *two-contract scenario* »⁷⁷⁴. Comme nous l'avons déjà signalé, la clause insérée dans un connaissance de charte-partie est soumise à la deuxième catégorie. La justification d'exiger une référence spécifique, comme

⁷⁷⁰ Cour d'appel d'Athènes 9671/1995, (2) *ΔΕΕ* 1996, p. 849 (850).

⁷⁷¹ R. FORCE, M. DAVIES, "Forum selection clauses in international maritime contracts", in DAVIES M. (Ed.), *Jurisdiction and forum selection in international maritime law, Essays in honor of Robert Force*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, p. 1 (2), J.- F. POUURET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, LGDJ, 2002, p. 177, § 214, A. J. VAN DEN BERG, *The New York Convention of 1958, Towards a uniform judicial interpretation*, Antwerp, Kluwer Law and Taxation, 1981, p. 215 et suiv., A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαίτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαίτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 301, 311 et 315.

⁷⁷² F. SPARKA, *Jurisdiction and arbitration clauses in maritime transport documents, A comparative analysis*, Springer, Berlin, 2010, p. 122.

⁷⁷³ *Idem.*, p. 123.

⁷⁷⁴ M. MUSTILL, S. C. BOYD, *The law and practice of commercial arbitration in England*, 2^{ème} éd., Butterworths, 1989, p. 105, *Sea Trade Maritime Corp. v Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd (The Athena)*, [2006] EWHC 2530 (Comm.), [2007] 1 All E.R. (Comm.) 183, [2007] 1 *Lloyd's Rep.* p. 280, *Modern Building Wales v Limmer & Trinidad Co.*, [1975] 1 *W.L.R.* 1281, [1975] 2 *Lloyd's Rep.* p. 318 : (une référence générale est suffisante pour l'incorporation de la clause d'arbitrage insérée dans un ensemble de règles qui s'appliquent dans le contrat en question), *Roche Products Ltd v Freeman Process Systems Ltd*, *B.L.R.* 1996, n° 80, p. 102, (où le *Judge Hicks* a conclu que l'incorporation peut avoir lieu par une référence générale, si d'autres indices permettent de déduire que les parties ont clairement envisagé l'incorporation), *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs v Percy Thomas Partnership et Kier International Ltd*, 19 jan. 1998, *QBD*, 65 *Con. L.R.*, p. 11, (où *J. Bowsher Q.C.* a accepté que l'incorporation peut se produire par une référence générale à un ensemble des termes contractuels ou à un autre contrat précisément identifié, si une pratique commerciale est également établie entre les parties), *AIG Europe (UK) v Anonymous Greek Co. of General Insurances « The Ethniki »*, CA, 26 nov. 1999, [2000] 2 All E.R., p. 566, [2000] 1 All E.R. (Comm.), p. 65, [2000] *Lloyd's Rep.* I.R. p. 343, (en l'espèce la question litigieuse concernait une clause de compétence, mais dans l'*obiter*, le juge s'est prononcé sur l'efficacité d'une référence générale afin d'incorporer une clause compromissoire, si d'autres indices attestent le consentement des parties à incorporer les termes insérés dans un autre document contractuel).

condition d'efficacité de la clause à l'égard du porteur du connaissance, s'appuie sur la construction du contrat et sur la nature spécifique, voire lourde et dangereuse, de la clause compromissaire.

Toutefois, dans la première catégorie, l'incorporation d'une clause a lieu même avec une mention générale sur le document du contrat principal. Dans ce cas de figure, la conclusion du contrat entre les parties prévoit l'incorporation d'une clause qui est réputée faire partie intégrante au contrat, même si elle figure dans un document séparé. L'intervention d'un tiers qui imposerait une exigence supplémentaire pour son engagement, ne s'est pas produite en l'espèce. Suivant le raisonnement des juges, lorsqu'ils se prononcent dans le cadre du « *single-contract scenario* », nous constatons que la *ratio* de cette position repose sur la construction du contrat et non pas sur la nature de la clause d'arbitrage. Celle-ci est traitée comme les autres clauses contractuelles, sans exiger un consentement supplémentaire de la part des parties.

Ainsi, la thèse selon laquelle la clause d'arbitrage est une clause lourde et dangereuse pour les intérêts d'un opérateur commercial est définitivement renversée, au moins dans le cadre de la catégorie de clauses précitée⁷⁷⁵. La solution de la référence générale dans le « *single-contract scenario* » prendra en considération le caractère « neutre » de la clause d'arbitrage. Il reste à prouver la volonté réelle des parties de s'engager. Il nous semble cohérent d'adopter la même position par rapport à la nature de la clause d'arbitrage, lorsqu'elle est invoquée à l'encontre d'un tiers au contrat principal. La nature « neutre » de la clause en question doit être maintenue, indépendamment de la construction du contrat dans lequel elle est insérée.

341. – La neutralité de la clause ne signifie pas que l'exigence de prouver son acceptation par les parties est écartée. Au contraire la position homogène sur la question de sa nature permettra de rapprocher les critères pris en compte pour la preuve du consentement des parties et des tiers. La structure des rapports contractuels exige un degré de certitude plus ou moins différent, qu'il s'agisse d'une partie ou d'un tiers au contrat. La nature de cette clause ne change pas.

De plus, la nature « neutre » de la convention d'arbitrage n'enlève pas son caractère accessoire au contrat. Cette caractéristique ne signifie pas qu'un consentement supplémentaire soit exigé afin de produire des effets juridiques à l'égard des parties et des tiers au contrat. À l'inverse, en tant que clause accessoire aux clauses substantielles du contrat, elle est aussi valable à l'égard des parties, à la condition que leur consentement, opposable au tiers, soit donné à l'ensemble du contrat suivant le respect des modalités de la transmission des clauses contractuelles vers lui⁷⁷⁶.

En raisonnant toujours en termes de nature de la clause arbitrale, il convient de souligner que la jurisprudence maritime anglaise a toujours accepté que l'incorporation d'une clause contractuelle puisse avoir lieu par une référence générale, s'il s'agit d'une clause « *germane* » aux opérations prévues pour le contrat de transport⁷⁷⁷. Nous pouvons donc déduire qu'à partir du moment où la clause compromissaire est considérée comme une clause faisant *partie intégrante* du contrat et que, pour cette raison, il s'agit d'une clause « *germane* » à un contrat commercial, la référence générale peut être acceptée par le juge anglais même dans le cas du « *two-contract scenario* », à la condition de prouver le consentement des parties et des tiers impliqués au contrat.

342. – Admettre que l'incorporation de la clause est dorénavant soumise à la construction du contrat dans lequel elle figure, signifie que le critère déterminant n'est plus le caractère spécifique ou général de la référence, mais le consentement des parties et notamment des tiers à ladite clause. Or, le consentement peut être prouvé non seulement par un écrit spécifique, mais aussi par une mention écrite générale, complétée par d'autres preuves solides, permettant l'interprétation de la volonté des opérateurs commerciaux. Ainsi, l'opposabilité de la clause au destinataire et tiers porteur du c onnaissance peut être soumise à l'exigence d'un « écrit » (prévu

⁷⁷⁵ A. TSAVDARIDIS, *Διεθνής ναυτική διαιτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές* [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales], Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999, p. 316, réf. 148.

⁷⁷⁶ V. les effets juridiques du principe d'autonomie, *supra* n° 101.

toujours par le droit anglais, à titre de preuve), même général (accepté par ailleurs par le même droit) et la preuve supplémentaire de son information sur le contenu des clauses contractuelles et son acceptation.

La référence générale doit être corroborée par d'autres indices qui permettent de déduire avec un certain degré de certitude le consentement de la personne concernée. La preuve du « consentement », ou même, la preuve de la « présomption du consentement » du destinataire est établie lorsque la référence générale précise, par ailleurs, l'ensemble des règles, ou les termes contractuels, ou simplement le document qui contient la clause d'arbitrage. La mention spécifique au document, en l'espèce de la charte-partie, présume, quant à elle, le fait que les parties et le tiers porteurs ont pu avoir accès à son contenu et en prendre connaissance. Il restera à déterminer la preuve de leur « acceptation » à s'engager.

343. – Nous observons que le débat s'est progressivement déplacé vers la question de la preuve du consentement du tiers destinataire et porteur du connaissance. Certes, le formalisme du droit anglais existe comme condition de preuve du consentement des parties et des tiers, tandis que le droit grec l'exige à titre de validité. Cette analyse de la condition de « l'écrit » exigé par le droit anglais nous permet de le rapprocher du droit français, notamment avant l'insertion de la règle matérielle française de l'affaire *Dalico* et la suppression consécutive de toute exigence de forme pour la clause d'arbitrage en matière internationale.

Le droit français, exigeant aussi à ce moment-là un écrit à titre de preuve, acceptait qu'une mention générale fût suffisante pour l'incorporation d'une clause d'arbitrage par référence, comme le révèle la jurisprudence : l'incorporation d'une clause arbitrale s'effectuerait même par une référence générale, si d'autres indices prouvaient la volonté réelle des parties⁷⁷⁸. Dans l'arrêt *Bomar Oil I*, s'agissant de la conclusion d'un contrat de vente du pétrole brut entre une société tunisienne et une

⁷⁷⁷ BOYD S.C. et al., *Scrutton on Charterparties*, 21^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2008, p. 678, *T. W. Thomas & Co, Ltd. v Portsea Steamship Co, Ltd (The Portsmouth)*, (HL), [1910] p. 293, [1911] p. 54, [1912], A.C. 1, *Aughton Limited v M.F. Kent Services Limited*, Court of Appeal, 4 nov. 1991, [1993] WL 963255, *Bull ASA* 1992, p. 555.

société des Antilles-néerlandaises, la question portait sur la validité d'une clause compromissoire insérée dans les conditions générales de l'une des parties, auxquelles il est fait référence dans un échange de télex⁷⁷⁹. Il a été décidé que : « *[s]i les textes susvisés [l'article II de la Convention de New York du 10 juin 1958] n'excluent pas l'adoption d'une clause compromissoire par référence à un document qui la contient, encore faut-il, comme l'exigerait d'ailleurs la loi française, que l'existence de cette clause soit mentionnée dans la Convention principale, sauf s'il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires qui leur assurent une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux.* »

La règle matérielle du juge français avait tranché la question et s'était prononcée favorablement à une référence générale afin de satisfaire la condition de forme exigée par l'article II.2 de la Convention de New York et le droit français positif. Toutefois, la référence générale n'arrive à prouver efficacement la volonté réelle des parties de recourir à l'arbitrage qu'à condition que des éléments autres qu'un écrit subsistent, à savoir « [...] *s'il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires qui leur assurent une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux.* »⁷⁸⁰ La position française fut la première à reconnaître ouvertement la suffisance d'une référence générale en vue d'incorporer une clause par référence. La condition supplémentaire de la « preuve du consentement » des parties à cet égard a ouvert la voie vers au renversement de la règle au sein même du droit français, exigeant la preuve du consentement indépendamment de la nature de la référence effectuée.

344. – Loin d'admettre le revirement de la jurisprudence anglaise et, d'autant plus, de la jurisprudence grecque qui exige une référence spécifique, il est intéressant de signaler le changement de raisonnement des juges. À partir du moment où d'autres indices peuvent pallier, ou au moins compléter, le manque de « forme » (correspondant toujours à « la référence spécifique »), la voie est également ouverte pour que la règle soit renversée. La validité de l'incorporation de la clause par

⁷⁷⁸ Affaire *Bomar Oil I*, Cass. 1^{ère} civ., 11 oct. 1989, *Rev. arb.* 1990, p. 134, note C. KESSEDJIAN, *JDI (Clunet)* 1990, p. 633, note E. LOQUIN.

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ *Ibid.*

référence n'est plus soumise à la preuve que la clause a été incluse dans les « termes » incorporés au connaissement, mais à la preuve que la clause n'a pas été spécifiquement exclue de cette incorporation générale. Tandis qu'en droit grec, les dispositions législatives ne laissent aucune marge d'interprétation, le droit anglais pourrait se détacher du formalisme à titre de preuve et rechercher les circonstances qui justifient le consentement du destinataire. Le formalisme, adopté jusqu'alors par les systèmes juridiques en question (l'anglais et le grec), cède progressivement la place au consensualisme, tel qu'il évolue au sein du système français.

§2. *L'engagement du destinataire-partie au contrat de transport maritime :*
l'hypothèse d'un dépeçage du contrat

345. – Nous venons de présenter les conditions d'incorporation de la clause par référence dans le connaissement et son efficacité à l'égard du destinataire-tiers au contrat de transport maritime. D'une part, nous avons pris pour hypothèse que le formalisme (adopté par les droits anglais et grec) régit la validité de la clause d'arbitrage et détermine les conditions de son efficacité. D'autre part, le destinataire a été traité en tant que tiers, cessionnaire des droits et obligations figurant sur le titre de transport, selon le droit anglais, ou en tant que tiers bénéficiaire d'une stipulation faite par les parties initiales du contrat de transport, mais lié uniquement par les droits et obligations figurant sur le titre littéral du connaissement, selon le droit grec.

Si le choix exprès des parties ou l'interprétation du contrat nous permet de faire la distinction entre le droit applicable au contrat principal et le droit applicable à la convention d'arbitrage, il convient de déterminer les conditions de son efficacité à l'égard du destinataire en tant que personne qui n'est pas forcément tiers au contrat de transport. L'hypothèse d'un dépeçage du contrat de transport maritime nous permettra de mieux illustrer le sort de la clause d'arbitrage par référence lorsque le formalisme (des droits anglais et grec) s'applique à celle-ci, tandis que le droit français régit le contrat principal.

346. – Conformément au droit français, par hypothèse applicable au contrat de transport, le destinataire est considéré comme une partie adhérente à celui-ci. Il devient ainsi une partie liée par les clauses contractuelles insérées dans le contrat, parmi lesquelles figure une clause d'arbitrage. Or, la validité de cette clause, suite au dépeçage hypothétique effectué,

est régie par les normes qui lui sont propres et indiquées par les droits anglais ou grec qui déterminent ses conditions de validité à l'égard des parties au contrat.

347. – Les droits anglais et grec soumettent, à l'égard des parties au contrat, la validité de la clause d'arbitrage à une condition de forme. Lorsque le destinataire est partie-adhérente au contrat, conformément au droit français, les conditions de validité de la clause à l'égard des parties au contrat s'appliquent. Dans ce cas de figure, l'intervention du destinataire au contrat nous rappelle l'adhésion du chargeur à celui-ci.

La condition de forme à titre de validité est respectée avec une référence spécifique. Ainsi, lorsque le droit grec s'applique à la validité de la clause compromissoire, le destinataire-adhérent (selon le droit français) pourrait être soumis aux conditions de validité de la clause à l'égard du chargeur, à savoir la nécessité d'une référence spécifique. La cohérence de cette solution ne peut qu'être approuvée. Sans reprendre la discussion sur l'opportunité d'un formalisme strict par rapport à la validité de la clause d'arbitrage en droit grec, il ressort de notre raisonnement que la cohérence des solutions adoptées est suivie sur toute la ligne du système juridique, notamment avec l'insertion de la disposition explicite de la loi 2735/1999 par rapport à la clause d'arbitrage insérée dans un contrat de transport maritime.

Nous avons déjà vu qu'en droit anglais, le chargeur est lié par une référence générale lorsque son adhésion est suivie par l'émission d'un connaissement qui l'informe des conditions générales et spécifiques du transport. Pour le chargeur, la référence générale est suffisante puisqu'il peut avoir accès au document séparé contenant la clause d'arbitrage, à savoir les conditions générales du transporteur publiées dans ses locaux ou sur son site internet.

Les mêmes circonstances devraient justifier l'engagement du destinataire-adhérent (en droit français) par la clause compromissoire insérée dans ce document séparé. La référence générale au document qui contient la clause compromissoire remplit la condition de forme établie par le droit anglais. Ainsi, le formalisme est effectivement respecté.

Or, la difficulté soulevée à son égard concerne notamment les circonstances de son intervention au contrat, en l'occurrence de son adhésion (selon le droit français). Dans le

cas d'un destinataire-adhérent, porteur d'un connaissance de charte-partie, il est possible que son accès au document contenant la clause d'arbitrage soit limité. Devant cette difficulté, il nous semble logique d'exiger la preuve de son consentement afin d'être lié par les clauses contractuelles ainsi que la clause compromissoire. La question de l'interprétation de son comportement au moment de son adhésion au contrat et son acceptation du contrat se pose avec force en droit français, après avoir supprimé toute condition formelle pour l'efficacité de la clause d'arbitrage.

Conclusion du Chapitre II

348. – La convention d'arbitrage par référence soulève sans doute des questions de compatibilité avec la nature du connaissement en tant que titre représentatif des marchandises. La condition formelle d'incorporer les clauses contractuelles sur le titre de transport, dans le but de satisfaire le besoin d'informer son porteur, demeure la principale justification de la méfiance affirmée envers l'incorporation de clauses par référence. Toutefois, sous l'influence de l'interprétation large des conditions de forme établies pour la validité des clauses arbitrales par les instruments internationaux, les juges anglais et grec ont progressivement accepté de valider les clauses par référence, sous la condition qu'une référence expresse est faite à celle-ci sur le titre de transport.

Le juge grec reste lié par des dispositions législatives prévoyant, aussi bien la forme écrite comme condition de validité de la clause, que la référence expresse comme condition d'incorporation valable d'une clause par référence dans un connaissement. Au contraire, le juge anglais, n'étant pas lié par un tel texte législatif, recherche notamment la preuve du consentement du porteur du titre présumé par l'existence d'un écrit. Adoptant aussi le formalisme pour prouver le consentement à la convention d'arbitrage, le juge anglais n'échappe pas aux exigences d'une référence spécifique.

Néanmoins, l'évolution de la pratique maritime et de la perception de l'arbitrage comme méthode de résolution de litige, témoigne ces derniers temps d'une tendance vers l'assouplissement de l'exigence d'une référence expresse. Dans ce contexte, le renvoi général aux conditions d'un document pourrait parfois être considéré comme suffisant pour respecter la forme écrite requise par le formalisme anglais, sous réserve que d'autres indices permettent de déduire le consentement non équivoque du porteur à la convention d'arbitrage.

CONCLUSION DU TITRE I

349. – La majorité des normes applicables à la convention d'arbitrage subordonne sa validité au respect de conditions de « forme ». Toutefois, sous l'influence de l'évolution de l'arbitrage international, une interprétation large de la notion de « l'écrit » a été admise, afin de mieux répondre aux besoins modernes des transactions commerciales. La définition élargie de la « convention écrite » inclut non seulement la clause insérée dans des documents papier, supprimant ainsi toutes formalités inadéquates à leur circulation, mais également la clause figurant dans un document séparé, incluant aussi la clause insérée dans un document « électronique », notion en rupture avec la définition traditionnelle de l'« écrit ».

Cependant, face à l'existence d'une clause d'arbitrage par référence, ce formalisme se renforce. Cette constatation vaut d'autant plus lorsque les juges nationaux se trouvent confrontés à la question de l'engagement du destinataire de marchandises au contrat de transport maritime. La particularité de son intervention dans l'opération n'a pas manqué d'influencer le régime de l'efficacité de la clause compromissoire en imposant des conditions de validité encore plus strictes.

Le formalisme strict, qui se traduit par l'exigence d'une référence « spécifique » à la clause insérée dans le document séparé, est cohérent avec le système juridique qui adopte l'exigence de « forme » à titre de validité, (cf. la solution du droit grec). Toutefois, dans un système juridique (cf. le droit anglais), une référence « spécifique » ne nous semble pas en harmonie avec l'exigence de la forme comme moyen de preuve, quitte à être complétée par tout autre moyen. Malgré l'existence d'un certain formalisme, ce n'est pas la validité de la clause compromissoire, mais sa preuve qui est soumise à cette forme. Dans ce dernier cas de figure, sa validité est déterminée par la preuve du consentement des parties et des tiers concernés. Cette précision nous permet d'introduire le consensualisme comme la règle de validité et d'opposabilité de la clause d'arbitrage en matière de transport maritime.

TITRE II : L'EFFICACITE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AU REGARD DE L'EXISTENCE DU CONSENTEMENT : LE CONSENSUALISME

350. – Le consentement à la convention d'arbitrage constitue l'élément déterminant nécessaire à l'efficacité de la convention d'arbitrage et celle de l'arbitrage en tant que mode de résolution de litiges. Dans les ordres juridiques précités, le formalisme exigé n'est conçu que comme un moyen d'établir (voire de « matérialiser ») le consentement des opérateurs maritimes à recourir à l'arbitrage. Ainsi, l'examen du consentement réel n'échappe pas au contrôle de l'existence d'un écrit (à titre de validité ou à titre de preuve). Lorsqu'un écrit confirme le consentement des parties à l'arbitrage, la clause compromissoire peut produire ses effets juridiques. Il semble inopportun de continuer à chercher d'autres indices permettant de constater davantage le consentement. Le formalisme a justement permis l'établissement du consentement à travers cet écrit.

À l'inverse de la position adoptée par les droits grec et anglais, le droit français subordonne l'efficacité de la clause compromissoire à la réalité du consentement des personnes susceptibles d'être liées par celle-ci. Conformément au principe du consensualisme, la réalité du consentement à recourir à l'arbitrage peut être prouvée, devant les juges et les arbitres, par tous moyens et pas obligatoirement par le respect d'une formalité écrite. Le droit français aligne parfaitement le régime de la validité de la clause d'arbitrage sur le consensualisme instauré en matière de commerce international.

Après la présentation de l'évolution jurisprudentielle française et la consécration du consensualisme comme condition de validité des clauses d'arbitrage par référence (Chapitre I), il en sera plus concrètement question dans les clauses d'arbitrage insérées dans les contrats de transport maritime. La particularité de la clause par référence, abondamment utilisée dans les connaissements de charte-partie, soulève des questions intéressantes, notamment à l'égard du destinataire des marchandises (Chapitre II).

Chapitre I. Le consensualisme en matière d'arbitrage international en droit français

351. – Dans un premier temps, il convient de présenter la consécration du principe du consensualisme au sein du système juridique français (Section I), avant d'analyser le contenu de ce principe et constater le consentement à la convention d'arbitrage (Section II).

Section I. La consécration du principe du consensualisme

352. – Le consensualisme dans la clause compromissoire est le fruit d'une interprétation libérale des instruments internationaux par les juges nationaux qui, supprimant toute exigence de « forme », ont consacré le consentement réel des parties comme seule condition de validité. La cristallisation de ce principe (§2) n'a eu lieu qu'à la suite d'une évolution jurisprudentielle suscitant un vif débat en matière d'arbitrage international (§1).

§1. L'évolution jurisprudentielle vers le principe du consensualisme

353. – L'assouplissement du formalisme strict ne pouvait que céder la place à la règle du consensualisme. L'interprétation large de la « forme » requise par la majorité des textes législatifs applicables à la validité de la clause compromissoire, a permis l'admission d'« écrits » qui tout en respectant les conditions formelles ne constituent cependant pas des preuves suffisantes du consentement des parties. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence s'est dirigée vers la recherche d'autres « indices », complémentaires aux écrits utilisés, afin de prouver le consentement des personnes à l'arbitrage.

Bien que l'arrêt *Bomar Oil I*⁷⁸¹ ait affirmé l'exigence d'une référence spécifique pour l'incorporation valide de la clause compromissoire par référence (« [...], *encore faut-*

⁷⁸¹ Affaire *Bomar Oil I*, Cass. 1^{ère} civ., 11 oct. 1989, « [s]i les textes susvisés [l'article II de la Convention de New York du 10 juin 1958] n'excluent pas l'adoption d'une clause compromissoire par référence à un document qui la contient, encore faut-il, comme l'exigerait d'ailleurs la loi française, que l'existence de cette clause soit mentionnée dans la Convention

il, comme l'exigerait d'ailleurs la loi française, que l'existence de cette clause soit mentionnée dans la Convention principale, [...] »), il a également relevé qu'une référence générale peut être suffisante. L'admission d'une référence générale a été subordonnée à l'existence des « indices » qui permettraient de conclure au consentement de la partie concernée, à savoir si celle-ci a eu connaissance des documents contractuelles contenant la clause en question (« [...], *sauf s'il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires qui leur assurent une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux.* »).

354. – Cette jurisprudence n'a pas été largement acceptée par la doctrine française. Certains auteurs étaient hostiles à l'idée que la loi française impose des conditions formelles pour la validité de la convention d'arbitrage, en général, et pour la convention d'arbitrage par référence, en particulier⁷⁸². L'exigence d'une référence explicite, à défaut d'autres indices sur le comportement des parties, reflétait un formalisme considéré par ces praticiens comme « *une entrave à la pratique des affaires commerciales* »⁷⁸³, ainsi que comme « [...] *une arme aux plaideurs de mauvaise foi* » pour « [...] *encourager la processivité aux fins de paralysie des procédures arbitrales* »⁷⁸⁴, dès lors que le débat ne concernait que des professionnels du commerce international. Cette réaction était inscrite dans la logique de la position exposée précédemment, selon laquelle, d'une part, l'obligation de produire une convention écrite ne devait pas être considérée comme une condition de forme⁷⁸⁵, et d'autre part, l'exigence à titre de validité d'une convention écrite, prévue en droit interne de l'arbitrage, n'était pas transposée en matière internationale⁷⁸⁶.

principale, sauf s'il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires qui leur assurent une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux. », *Rev. arb.* 1990, p. 134, note C. KESSEDJIAN, *JDI (Clunet)* 1990, p. 633, note E. LOQUIN.

⁷⁸² E. LOQUIN, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 11 oct. 1989, *JDI (Clunet)* 1990, p. 633 (635), J. ROBERT, *L'arbitrage, Droit interne, Droit international privé*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1993, n° 271, p. 239.

⁷⁸³ L. GRAFFI, « International Arbitration Agreements 'by reference': a European Perspective », *Cahiers de l'arbitrage*, vol. III, 2006, p. 19.

⁷⁸⁴ B. OPPETIT, « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990, p. 551 (563).

⁷⁸⁵ Ancien article 1499 CPC (nouvel article 1515 CPC) : Ancien article 1499 alinéa 1 CPC : « *L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité.* »

⁷⁸⁶ V. *supra* n° 343.

Ainsi, malgré les efforts entrepris pour respecter un certain formalisme, la doctrine et la jurisprudence françaises ont progressivement abandonné la rigueur de la condition d'un « écrit » et ont recherché l'application d'un régime encore plus libéral que celui de la Convention de New York⁷⁸⁷. C'est dans ce contexte que la jurisprudence française a interprété de manière large la Convention de New York, en se fondant sur l'argument juridique prévue dans son article VII.1⁷⁸⁸, favorisant ainsi l'introduction d'un régime encore plus favorable à l'arbitrage.

La jurisprudence *Dalico*⁷⁸⁹ a cristallisé cette tendance et a établi le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au droit applicable au contrat principal mais aussi aux règles de conflit étatiques⁷⁹⁰. La Cour de cassation a énoncé, sous la forme d'une règle matérielle, que l'existence et l'efficacité de la clause compromissoire s'apprécient selon la « *commune volonté des parties* », « *sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* ». L'importance du consentement des parties a été incontestablement élevée au rang de facteur déterminant et indépendant de toute référence aux conditions imposées par un droit national. En admettant la volonté réelle des parties comme critère de validité de la clause arbitrale, le formalisme éventuellement imposé par une loi étatique *cède progressivement la place au consensualisme*⁷⁹¹.

⁷⁸⁷ Le droit français de l'arbitrage a interprété l'article VII de manière à donner la possibilité aux États contractants d'écarter les exigences dictées par la Convention, puisqu'ils constatent un libéralisme plus grand dans la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale. Cf. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 389, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 541 et suiv., T. LANDAU, "The requirements of a written form for an arbitration agreement: when 'written' means 'oral'", in A. J. VAN DEN BERG (ed.), *International Commercial Arbitration: important contemporary questions*, ICCA Congress Series 2002, N° 11, Kluwer Law International 2003, p. 19 (72).

⁷⁸⁸ Article VII.1 de la Convention de New York : « *Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bi latéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.* » [Nous soulignons.]

⁷⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 20 déc 1993, (*Dalico*), *JDI (Clunet)* 1994, p. 432, note E. GAILLARD, p. 690, note E. LOQUIN, *Rev. arb.* 1994, p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663, note P. MAYER.

⁷⁹⁰ V. *supra* n° 119.

⁷⁹¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 383 et suiv. Le principe d'autonomie a été réaffirmé par le juge français à plusieurs reprises, et récemment dans l'affaire Soerni, Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2009, n° 08-16025, *Bull. I* 2009, n° 165, *RDAL* 2010, p. 108, *LPA* 2010, n° 202, p.17, note P. BOIVIN : « *Mais attendu que l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société ; que l'arrêt retient exactement, d'abord, que la lettre d'exonération de responsabilité, faisant expressément référence aux 'règles d'arbitrage du connaissance CLS'.* »

355. – Dans l'arrêt *Bomar Oil I* de 1989, la Cour de cassation, statuant sur la décision de la Cour d'appel de Paris ayant rejeté l'annulation de la sentence arbitrale⁷⁹² avait renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel de Versailles estimant que la décision attaquée ne constatait pas la réunion des conditions de validité de la clause d'arbitrage par référence. Sur ce renvoi, la Cour d'appel de Versailles a de nouveau rejeté le recours en annulation en retenant la validité de la clause compromissoire, cette fois en se conformant aux critères dictés par la Cour de cassation⁷⁹³. Cette décision fut l'objet d'un nouveau pourvoi et, une deuxième fois, la Cour suprême s'est trouvée confrontée à cette même question.

Dans l'affaire *Bomar Oil II*⁷⁹⁴, sous l'influence du principe d'autonomie de la clause d'arbitrage⁷⁹⁵, la Cour de cassation a complété la règle de la validité de la clause compromissoire par référence et a jugé qu'« [...] *en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, par exemple des conditions générales ou un contrat-type, est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat* ».

Ainsi, la jurisprudence française semble confirmer la règle de la validité de l'incorporation, même en présence d'une référence générale, lorsque la volonté commune des parties en faveur d'une telle incorporation est prouvée⁷⁹⁶. En effet, la différence entre les deux arrêts réside dans la délimitation des conditions permettant l'incorporation de la clause compromissoire par une référence générale. Ainsi, l'incorporation est valable non seulement lorsque les parties ont eu « *des relations*

⁷⁹² Paris, 20 janv. 1987, *Rev. arb.* 1987, p. 482, note C. KESSEDJIAN.

⁷⁹³ Versailles, 23 janv. 1991 (2^{ème} esp.) *Rev. arb.* 1991, p. 291, note C. KESSEDJIAN.

⁷⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993, *Rev. arb.* 1994, p. 108, note C. KESSEDJIAN, *JDI (Clunet)* 1994, p. 690, note E. LOQUIN, *Yearbook* 1995, p. 660.

⁷⁹⁵ L'arrêt *Dalico* a été rendu le 20 décembre 1993, tandis que le 9 novembre 1993 est la date de publication de l'arrêt *Bomar Oil II*. Cependant, il est soutenu que *Dalico* a finalisé le principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage, consacré déjà par la jurisprudence antérieure et surtout Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963, (*Galakis*), *Rev. crit. DIP* 1963, p. 615, note H. MOTULSKY. V. aussi, C. KESSEDJIAN, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993, *Rev. arb.* 1994, p. 108 (112), E. LOQUIN, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993, *JDI (Clunet)* 1994, p. 690 (696).

⁷⁹⁶ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 295, n° 496, on cite : « *C'est donc désormais exclusivement en termes d'interprétation de l'existence et de la portée du consentement de recourir à l'arbitrage que doit être jugée la question de la convention d'arbitrage par référence.* »

habituelles d'affaires qui leur assurent une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux. » (*Bomar Oil I*), mais, aussi, de façon plus générale, « [...] lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat. » (*Bomar Oil II*).

356. – Dans son deuxième arrêt, la Cour de cassation a établi, de manière générale, les conditions par lesquelles une partie pourrait être liée par une clause insérée dans le contrat par une référence générale. En effet, l'admission d'une référence générale a été soumise à la double condition de la « connaissance » de la clause compromissaire et de son « acceptation ». En l'espèce, la connaissance de l'existence de la clause a été présumée par le fait que les parties ont donné leur accord au contenu des télex échangés et ne l'ont pas contesté⁷⁹⁷.

De plus, la méthode de la règle matérielle écarte tout recours à une règle de conflit qui imposerait une condition de forme⁷⁹⁸. Contrairement aux systèmes anglais et grec, qui sont rattachés aux règles de conflits imposant un minimum de formalisme, la règle matérielle du juge français a instauré le consensualisme – c'est-à-dire l'absence du formalisme – comme principe à l'égard à l'efficacité de la clause compromissaire.

§2. L'affinement du principe du consensualisme

357. – Dans le cadre de l'interprétation de l'arrêt *Bomar Oil II*, la doctrine soutenait que, malgré la priorité accordée au consentement réel des parties, la condition d'un « écrit » subsistait⁷⁹⁹. Il a été admis que l'exigence de l'écrit persistait, tant pour la clause arbitrale

⁷⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993, *JDI (Clunet)* 1994, p. 690 (691), note E. LOQUIN.

⁷⁹⁸ La doctrine est partagée sur la méthode de la Cour de cassation. Tandis que certains auteurs voient la consécration de la « méthode de la règle matérielle » (v. notamment Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 245), d'autres soutiennent que dans cette affaire la « méthode » était « de supprimer toutes règles applicables » à la validité de la clause « ... en posant le principe de l'autonomie de la volonté, seulement tempéré par le jeu de l'ordre public international. » (P. MAYER, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1997, (*Prodexport I*), *JDI (Clunet)* 1999, 93 (94). Cet auteur souligne également qu'il s'agit d'une règle matérielle française et la question qui se pose est de savoir pourquoi la règle française mérite d'être appliquée en l'espèce par le juge français. V. aussi la position de X. BOUCOBZA qui justifie l'application d'une règle matérielle française en reconnaissant la nature procédurale de la clause arbitrale et par là, sa soumission à la *lex fori*. V. X. BOUCOBZA, *ibid.* « La clause compromissaire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1998, p. 495 (500).

⁷⁹⁹ C. KESSEDJIAN, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993, *Rev. arb.* 1994, p. 108 (113), E. LOQUIN, note sous l'arrêt du 9 nov. 1993 et du 20 déc. 1993, *JDI (Clunet)* 1994, p. 690 (694).

que pour la référence. Selon la position de la doctrine qui approuvait cette position, l'exigence d'un « écrit » découlait du seul fait que l'ancien article 1499 CPC nécessitait la production de la clause écrite lors de la procédure de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale afin de prouver son existence⁸⁰⁰. Ainsi, en application de cet article, chercher un tel écrit constituait une « *précaution minimale* »⁸⁰¹. Quant à la condition de la « référence écrite », cela paraissait aussi nécessaire comme moyen de prouver l'incorporation du document contenant la clause, dans l'accord principal des parties. La preuve du consentement était fournie grâce à la stipulation écrite sur un document séparé. L'arrêt a fait également l'objet d'interprétations opposées quant à la nécessité d'une exigence supplémentaire, celle de la signature des parties⁸⁰².

Nonobstant la discussion sur la forme de la clause d'arbitrage, la Cour énonçait qu'en matière d'arbitrage international, la nécessité d'une « référence » pourrait être écartée (cf. « *à défaut d'une mention* »), en présence des indices qui témoignent de la connaissance et de l'acceptation des parties, par exemple, leurs relations habituelles d'affaires. La question était de savoir si la Cour entendait par « *mention* », une référence « spécifique » ou une référence (même) « générale ». Lorsqu'on considère qu'il s'agit de l'absence d'une mention « spécifique », nous admettons que la mention d'une référence générale est sans doute nécessaire. Cette interprétation suppose donc, toujours, un minimum de formalisme.

Toutefois, certains auteurs ont décelé une ambiguïté dans cette interprétation, puisqu'un minimum de formalisme n'aurait pas été conforme à la « lettre » de la décision⁸⁰³. Sous cet angle, il a été soutenu que dans la décision *Bomar Oil II*, la phrase : « [...] *à défaut d'une mention* [...] », a été interprétée comme « à défaut d'une mention même générale ». Ainsi, à défaut de mention « générale », la validité de la convention d'arbitrage est subordonnée à la seule condition du consentement. La nécessité absolue d'un « écrit » semble désormais

⁸⁰⁰ V. *supra* n° 343. Ancien art. 1499 al. 1 CPC : « *L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité.* » Après la réforme de 2011, le contenu exact de l'alinéa 1 de cet article est repris dans le nouvel article 1515 al. 1 CPC. V. M. BOISSESSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Joly éditions, 1990, p. 477, n° 572.

⁸⁰¹ C. KESSEDJIAN, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993, *Rev. arb.* 1994, p. 108 (111).

⁸⁰² P. MAYER, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1997, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 92 (101). Il était aussi soutenu que l'exigence de l'écrit concernait plutôt la nécessité d'une signature par les parties. Dans un document contenant la clause, on retrouve non seulement la clause mais aussi les « traces de l'acceptation » des parties de cette clause. Donc, la question qui s'est posée était dès lors si cette signature était nécessaire ou non pour la validité de la clause compromissoire (directe ou par référence).

écartée. L'acceptation tacite peut suppléer cette absence de forme (cf. « [...] à défaut [...] ») et suffire à prouver la volonté des parties de recourir à l'arbitrage.

358. – Quelques années plus tard, cette règle matérielle a fait l'objet d'une légère modification par la jurisprudence. Dans l'affaire *Prodexport I*, du 3 juin 1997⁸⁰⁴, la Cour de cassation privilégie de nouveau le consensualisme pour assurer la validité et l'efficacité de la clause compromissoire par référence, en jugeant qu' : « [...] en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté cette référence. »⁸⁰⁵

Nous remarquons la différence, certes très subtile, entre les deux arrêts. Tandis que *Bomar Oil II*, dispose que : « [...] la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, [...] », l'adjectif « écrite » ne figure plus à l'arrêt *Prodexport I* qui dispose que : « [...] la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule [...] ». La doctrine qui soutenait déjà, depuis la jurisprudence *Bomar Oil II*, la suppression de tout formalisme, a estimé qu'en l'espèce, la condition d'une référence « écrite », même générale, semblait définitivement écartée⁸⁰⁶. La clause stipulée dans un document séparé du contrat principal est valable à la seule condition de la prise de connaissance et de l'acceptation par la partie à laquelle la clause s'oppose.

La Première Chambre civile a repris le principe du consensualisme dégagé dans l'arrêt *Bomar Oil II*, pour aller un peu plus loin, en supprimant toute exigence formelle pour la référence. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel qui n'a pas tenu compte du fait que la clause d'arbitrage par référence ne lie les parties qu'à la condition que celles-ci aient pris connaissance du document auquel la référence renvoie. En l'espèce, il s'agissait d'un échange de télex qui contenaient une référence générale au contrat initial où la clause compromissoire figurait. La connaissance est présumée, par le jeu du renvoi au contrat

⁸⁰³ E. LOQUIN, sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993, *JDI (Clunet)* 1994, p. 690 (694), X. BOUCOBZA, « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1998, p. 495

⁸⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1997, (*Prodexport I*), *Bull.* I, n° 177, p. 119, *Rev. arb.* 1998, p. 537, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 92, note P. MAYER.

⁸⁰⁵ Arrêt préc., note P. MAYER. La même formule est reprise dans un arrêt du 20 décembre 2000, (*Prodexport II*), (Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 2000, *Rev. arb.* 2003, p. 1341, note C. LEGROS).

principal et donc en l'absence de contestation, la partie, à laquelle la clause est opposée, est censée l'avoir acceptée⁸⁰⁷.

A ce jour, cette ligne jurisprudentielle est suivie par la Cour de cassation, au moins par sa Chambre civile. Dans un arrêt du 12 mai 2012⁸⁰⁸, la validité de la clause d'arbitrage a été aussi retenue, en admettant que la référence faite aux conditions générales de vente (stipulant la clause compromissoire) contenue dans la confirmation de la commande, prouve aussi bien la présomption de la connaissance de la clause par l'acquéreur, que son acceptation de la clause de par son silence. L'arrêt en question a cassé l'arrêt de la Cour d'appel qui, contrairement au principe du consensualisme, n'avait pas retenu la présomption de la « connaissance », prouvée par l'incorporation du document séparé contenant la clause. L'incorporation a été admise en présence d'une référence générale⁸⁰⁹.

359. – Par ailleurs, en arbitrage interne, malgré l'existence de l'article 1443 CPC interprété jusqu'à aujourd'hui comme une exigence formelle *ad validitatem*⁸¹⁰, la Cour de cassation s'est montrée encore plus libérale. Elle s'est prononcée sur l'effet obligatoire d'une clause d'arbitrage par référence, non seulement en présence d'une référence générale, mais aussi à défaut d'une référence écrite.

Dans un premier temps, à propos d'une vente de produits agricoles, le contrat contenait une référence générale à un règlement qui complétait les clauses contractuelles des parties. Les parties étaient liées par une clause compromissoire lorsque la Cour de cassation a approuvé la décision rendue par la Cour d'appel admettant, d'une part, leur « connaissance » de la clause compromissoire, en tant que

⁸⁰⁶ P. MAYER, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1997, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 92 (101).

⁸⁰⁷ L'arrêt a été critiqué parce que la Cour a effectué une interprétation de fait, au fond du litige (en statuant que la Cour d'appel n'a pas apprécié correctement le contenu des documents qui démontrent la connaissance et l'acceptation de la clause compromissoire). Or, le pouvoir d'interprétation appartient « souverainement » aux juges du fond. V. C. LEGROS, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 2000, (*Prodexport II*) (1^{ère} esp), *Rev. arb.* 2003, n° 4, p. 1341 (1343).

⁸⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 2012, n° 10-25.620, *Rev. arb.* 2012, p. 479 et p. 561, note L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, C. NOURISSAT, « De la clarté en toute clause : clause attributive et clause compromissoire », *JCP E* 2012, n° 42, p. 1622, M. COMBET, « Connaissance et acceptation d'une clause compromissoire stipulée dans les conditions générales de vente, Note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 2012 », *RLDA* 2012, p. 71.

⁸⁰⁹ La décision de la Cour d'appel avait refusé la validité de la clause parce que « [...] la référence à cette clause, fondue dans des conditions générales séparées, rédigées en langue anglaise et en caractère à peine visible, n'apparaiss[ait] pas clairement au recto de la confirmation de commande. »

⁸¹⁰ Art. 1443 CPC : « A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale. »

professionnel du secteur et étant donné leurs relations d'affaire habituelles, et d'autre part, leur acceptation non équivoque de cette clause⁸¹¹. La condition de forme prévue dans l'article 1443 CPC ne constituait pas un obstacle à l'incorporation de la clause par une référence générale.

Par cet arrêt encore plus libéral, la Cour de cassation retient l'incorporation d'une clause effectuée par une référence verbale⁸¹². En l'espèce, la conclusion d'un contrat de vente a eu lieu suite à une commande par téléphone. Une fois le contrat exécuté, le vendeur avait adressé des factures à l'acheteur qui a toutefois refusé de payer. La saisine de la Chambre arbitrale de Paris a eu lieu suivant une clause contenue dans les factures. Les arbitres ont reconnu leur compétence et la sentence rendue au fond a fait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'appel, initié par l'acheteur condamné à payer. L'acheteur soutenait que le litige avait pris naissance au moment de l'envoi des factures et qu'il n'avait pas accepté les termes qui y figuraient. Il a finalement été jugé que les circonstances de la conclusion du contrat manifestaient la volonté commune des parties de recourir à l'arbitrage. Le fait que les parties soient des professionnels du commerce, en relations d'affaires habituelles, fait présumer leur connaissance des conditions de vente. Cette présomption permet d'établir que la clause compromissoire a été valablement incorporée à la convention verbale⁸¹³. Les conditions de forme de l'article 1443 CPC sont satisfaites par le fait que la clause était insérée dans les factures, même si la référence à celle-ci était verbale. La preuve de l'acceptation de cette clause résulte, compte tenu des circonstances, de l'attitude silencieuse de l'acheteur.

⁸¹¹ Paris, 16 mai 1991, « [...] en raison de sa qualité de professionnel averti, spécialisé dans le négoce du maïs, et ayant des relations habituelles d'affaires avec la société Roquette Frères, la société Ferruzzi France avait une parfaite connaissance des stipulations – notamment de la clause compromissoire (art. XIX) – des formules de Paris, contrats-types régissant couramment leurs rapports commerciaux, et avait ainsi accepté de manière certaine et non équivoque l'application de cette clause. », approuvée par Cass. 2^e civ., 30 juin 1993, pourvoi 91-17786, *Rev. arb.* 1994, p. 95, (1^{ère} esp.), note Y. PACLOT.

⁸¹² Paris, 30 mai 1991, *Rev. arb.* 1994, p. 95, (3^{ème} esp.), note Y. PACLOT. Par ailleurs, la Cour de cassation a également statué sur ce point, en soulignant que bien que l'article 1443 CPC exige un écrit pour la clause d'arbitrage, « [...] il ne régit ni la forme ni l'existence des stipulations qui, se référant à ce document, font la convention des parties. » (v. Cass. 2^e civ., 21 janv. 1999, *Bull.*, II, n^o 16, p. 11, *RTD com.* 1999, p. 847, obs. E. LOQUIN, *Rev. arb.* 2003, p. 1341, (3^{ème} esp.), note C. LEGROS) Il semble que l'arrêt *Prodexport I*, rendu en arbitrage international, ait guidé la solution en l'application du droit interne, démontrant encore une fois le rapprochement entre les deux régimes (v. Ch. JARROSSON, « L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne », in *Etudes offertes à Alain Plantey*, Pédone, 1995, p. 233 (241), où l'auteur ne manque pas d'attirer l'attention des praticiens sur le danger d'une contamination de l'arbitrage interne par les « dérapages procéduriers » parfois observés dans les pratiques de l'arbitrage international).

⁸¹³ L'interprétation de faits a permis à la Cour d'admettre la conclusion d'un contrat verbal. Toutefois, à l'occasion d'un autre arrêt, la Cour de cassation avait rejeté l'incorporation d'une clause contenue dans la lettre de confirmation faisant suite à un contrat conclu par téléphone, car cette référence ne remplissait pas, en l'espèce, les conditions de l'article 1443 CPC (Cass. com., 15 juill. 1987, *Rev. arb.* 1990, p. 627).

360. – Aujourd’hui, le droit positif français s’est aligné sur les solutions jurisprudentielles précitées, en matière d’arbitrage interne et international. Désormais, en arbitrage international, la seule condition de validité de la clause compromissoire est le consentement réel des parties. Lors de la dernière réforme du droit de l’arbitrage, l’article 1507 CPC prévoit clairement que la clause compromissoire n’est soumise à aucune condition de forme⁸¹⁴. Reste à savoir si le juge français se prononcera favorablement à la validité d’une clause d’arbitrage non écrite, si cette convention est prouvée dans son existence et dès lors que le consentement est réel. En droit interne, le texte législatif a été également modifié afin de prendre en considération l’évolution de la jurisprudence en la matière. La convention d’arbitrage doit toujours revêtir la forme écrite, sauf que l’interprétation de « l’écrit » s’élargit afin d’inclure les clauses par référence et les clauses figurant dans un échange d’écrits⁸¹⁵.

361. – Nous avons déjà vu que des instruments internationaux, récemment rédigés ou réformés, ont également pris en compte l’évolution jurisprudentielle et législative, en la matière. L’article 75 (1) des Règles de Rotterdam n’impose pas de conditions de forme pour la validité de la clause d’arbitrage à l’égard des parties initiales au contrat de transport maritime⁸¹⁶. Par ailleurs, une rédaction similaire est adoptée dans l’Option II du nouvel article 7 de la loi-type de CNUDCI précitée.

Ce choix, affranchi des formalités imposées auparavant par les lois étatiques et émanant d’une volonté de renforcer l’efficacité de l’arbitrage, établit le consentement des parties en tant que facteur déterminant pour cette institution. Bien que certains ordres juridiques restent sceptiques face à cette évolution, ce choix semble mieux correspondre à la vitesse des transactions internationales, en raison de l’évolution

⁸¹⁴ Art. 1507 CPC : « *La convention d’arbitrage n’est soumise à aucune condition de formalisme.* »

⁸¹⁵ Art. 1443 CPC : « *A peine de nullité, la convention d’arbitrage est écrite. Elle peut résulter d’un échange d’écrits ou d’un document auquel il est fait référence dans la convention principale.* » V. Th. CLAY, « ‘Liberté, égalité, efficacité’ : La devise du nouveau droit français de l’arbitrage, Commentaire article par article (Deuxième partie) », *JDI (Clunet)* 2012, n° 3, p. 815 (824).

⁸¹⁶ Article 75 §1 des Règles de Rotterdam : « [s]ous réserve du présent chapitre, les parties peuvent convenir que tout litige susceptible de naître à propos du transport de marchandises en vertu de la présente Convention sera soumis à l’arbitrage. » [Nous soulignons.]

technologique, et de la banalisation de l'arbitrage comme mode de règlement des litiges du commerce international.

362. – Contrairement au droit français, le droit anglais, et dans une bien moindre mesure le droit hellénique, n'érige pas le consentement des parties comme un facteur déterminant pour la validité de la clause d'arbitrage. Un écrit minimal est toujours exigé à titre de preuve du consentement des parties (dans le cas du droit anglais), sans toutefois remplacer cette condition par le consensualisme, entendu comme principe stipulant l'absence de formalisme. La jurisprudence anglaise tend à interpréter le comportement des personnes participant au contrat afin d'établir leur consentement et à éclairer la preuve fournie, dans un premier temps, par un écrit. Au contraire, la jurisprudence française effectue le même travail intellectuel mais, ayant pour objectif de déterminer la validité de la clause compromissoire sur la preuve du consentement, fournie uniquement par l'interprétation du comportement des opérateurs.

363. – Sous cet angle, il nous semble que l'interprétation du consentement des parties peut être soit une condition de validité soit un élément de preuve complétant l'écrit existant en vue d'affirmer la validité de la clause d'arbitrage. Dans tous les cas, l'analyse du contenu du consentement s'impose à ce stade de l'étude.

Section II. Le contenu de la condition du « consentement » des parties

364. – Elever le consentement des parties au rang de condition déterminante de la validité de la clause compromissoire, impose inéluctablement l'obligation de le prouver sans équivoque. La jurisprudence française précitée, notamment après l'affaire *Bomar Oil II*, précise clairement les conditions qui permettent d'établir la preuve du consentement des parties : la connaissance de l'existence de la clause et son acceptation. En effet, « le consentement » est établi lorsqu'il est prouvé que les parties ont pris « connaissance » de la clause arbitrale par référence, et qu'elles l'ont acceptée. Dès lors, la question qui se pose est de comprendre en quoi consiste « la connaissance acquise » (§1) et comment l'« acceptation » de cette clause peut être exprimée (§2).

§1. La preuve de la « connaissance »

365. – La règle matérielle française dispose que l'efficacité de la clause est valide « [...] lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat. »⁸¹⁷

Le contenu exact de cette « connaissance » s'analyse comme la connaissance de « l'existence de la clause compromissoire », qui figure effectivement dans un « document » séparé, ainsi que comme la connaissance de « la volonté de l'incorporer » au contrat principal⁸¹⁸. La preuve de cette « connaissance » est une question de fait, que les juges et les arbitres sont invités à établir en s'appuyant sur tous les moyens. Par ailleurs, s'agissant d'une règle matérielle applicable à l'engagement d'une personne partie au contrat, il est précisé que la connaissance, ainsi que la présomption de la connaissance, doit être requise au moment de la formation du contrat.

366. – Ainsi, il est soutenu qu'une référence générale⁸¹⁹ à la clause arbitrale peut être suffisante afin de constater la prise de connaissance des parties⁸²⁰. Cette connaissance est, en réalité, présumée par le fait que les parties qui forment le contrat sont censées connaître et accepter ses termes, même ceux qui se trouvent dans un document séparé⁸²¹. Toutefois, cette présomption n'existe que lorsque les parties ont pu avoir accès aux clauses du

⁸¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 11 oct. 1989, *Bomar Oil I*, *Rev. arb.* 1990, p. 134, note C. KESSEDJIAN, *JDI (Clunet)* 1990, p. 633, note E. LOQUIN.

⁸¹⁸ E. LOQUIN, sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993, *JDI (Clunet)* 1994, p. 690 (695).

⁸¹⁹ Suivant l'instrument d'interprétation *a maiore ad minus*, une référence spécifique à la clause d'arbitrage fait incontestablement preuve de la connaissance de la clause par les parties qui participent à la formation du contrat.

⁸²⁰ P. MAYER, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1997, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 92 (100), X. BOUCOBZA, « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1998, p. 495 (507), (510), B. OPPETIT, « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990, p. 551 (557). Il convient de souligner que la référence générale suffit pour admettre la « connaissance » des parties, mais pas forcément pour admettre leur consentement à la clause. Nous venons d'expliquer qu'en fait, le consentement est établi lorsque les parties « connaissent » les termes contractuels et les « acceptent ».

⁸²¹ La jurisprudence exige que les parties vérifient le contenu des documents à valeur contractuelle, selon le principe de bonne foi qui préside aux relations contractuelles. (Paris, 30 nov. 1990, *Rev. arb.* 1990, p. 645, note J. PELLERIN). V. aussi Paris, 26 mars 1991, *Rev. arb.* 1991, p. 456, note H. GAUDEMET-TALLON, Cass. com., 3 mars 1992 (à propos de l'incorporation d'une clause par référence dans les connaissements de charte-parties, opposable à l'émetteur des connaissements et transporteur maritime), *Rev. arb.* 1992, p. 560, note Ph. DELEBECQUE, Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 1996, *Bull. civ. I*, n° 86, p. 58, Paris, 30 mai 1991, *Rev. arb.* 1994, p. 99, (3^{ème} esp.), note Y. PACLOT, (surtout p. 106), Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993, *Rev. arb.* 1994, p. 108 (114) note C. KESSEDJIAN : « *L'acceptation du contrat entraîne ipso jure l'acceptation de toutes ses clauses et de tous les documents qui y sont incorporés par référence expresse.* »

document séparé⁸²². C'est ainsi que la référence générale peut être suffisante pour satisfaire aux exigences prévues par la règle matérielle.

La jurisprudence en matière d'arbitrage international a admis qu'à défaut de toute mention, même « écrite », la connaissance des parties est présumée par un échange des documents qui contiennent la clause⁸²³. La présomption est également fournie lorsque les « usages » d'une activité commerciale ou les « relations d'affaires » précédentes des parties prouvent qu'elles ont pris connaissance ou ont pu avoir pris connaissance de l'existence d'une clause dans les documents antérieurement établis⁸²⁴. Par ailleurs, la qualité de « professionnels » attribuée aux opérateurs impliqués dans la formation et l'exécution du contrat a aussi été un élément déterminant pour la jurisprudence, lors de l'examen des faits révélateurs de la présomption de connaissance. Finalement, supprimant toute exigence de formalité et de signature⁸²⁵, une clause qui figure dans un accusé de réception de commande ou dans une facture, documents non signés, entraîne ses effets obligatoires à l'égard des parties du contrat.

367. – Il ne serait donc pas audacieux de conclure que dans la pratique moderne des transactions commerciales, les parties se fondent sur la « présomption » de la connaissance des clauses qui figurent dans plusieurs documents constituant, par ailleurs, partie intégrante au contrat⁸²⁶.

§2. La preuve de l'« acceptation »

368. – Pour que le consentement des parties soit prouvé, il est nécessaire que la connaissance requise de l'existence d'une clause compromissoire soit « établie »⁸²⁷. L'« établissement » d'une telle connaissance se manifeste par l'acceptation de son contenu.

⁸²² X. BOUCOBZA, *op. cit.*, p. 508, B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 556, B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, p. 29.

⁸²³ Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1992, *JDI (Clunet)* 1993, p. 140, note B. AUDIT, *RTD com.* 1993, p. 647, obs. J.- C. DUBARRY, E. LOQUIN, P. MAYER, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1997, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 92 (101), C. LEGROS, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 20 déc 2000, (*Prodexport II*) (1^{ère} esp), *Rev. arb.* 2003, n° 4, p. 1341 (1346).

⁸²⁴ X. BOUCOBZA, « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1998, p. 495, note C. KESSEDJIAN, *Rev. arb.* 1994, p. 108 (113).

⁸²⁵ P. MAYER, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1997, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 92 (101).

⁸²⁶ Pour un avis contraire, exigeant une preuve du consentement des parties, et non pas une présomption de leurs consentements, v. St. BREKOULAKIS, "The notion of the superiority of arbitration agreements over jurisdiction agreements: time to abandon it?", *J. Int'l Arb.* 2007, vol. 24, n° 4, p. 341 (359). L'auteur se montre critique envers la tendance du droit français d'imposer le principe *in favorem validitatis* et de ce fait de privilégier une présomption de validité et de supériorité de la convention d'arbitrage par rapport à la clause d'élection de for.

Selon la jurisprudence précitée, (cf. *Bomar Oil II*, *Prodexport I et II*), l'acceptation peut être tacite et résulter du silence des parties. Autrement dit, l'acceptation de la clause est présumée par défaut de protestation. Ainsi, dans la mesure où une partie ne dénonce pas expressément la clause d'arbitrage (dont elle est présumée avoir pris connaissance), la volonté commune des parties de recourir à l'arbitrage est établie.

369. – En ce qui concerne l'acceptation de la clause d'arbitrage (ou de la référence qui renvoie à la clause), il convient d'envisager la question de l'acceptation du contrat comme un ensemble. Il est soutenu que l'acceptation de conclure un contrat est suffisante pour que toutes les clauses constituant son contenu engagent les parties⁸²⁸. Seule une dénonciation expresse de la référence à la clause compromissoire, exprimée par l'une des parties au moment de la conclusion du contrat, pourrait tenir en échec le recours à l'arbitrage⁸²⁹.

Par ailleurs, selon l'interprétation du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, cette dernière ne peut pas être considérée comme une convention séparée nécessitant une acceptation propre, suite à une offre propre⁸³⁰. La jurisprudence a, à plusieurs reprises, confirmé que la clause arbitrale est considérée comme faisant partie intégrante du contrat principal⁸³¹. C'est la raison pour laquelle l'acceptation de l'offre qui aboutit à la conclusion du contrat doit être suffisante pour couvrir aussi la clause compromissoire. Le consentement pour l'ensemble du contrat vaut pour chaque clause⁸³². Or, la jurisprudence française en matière d'arbitrage international s'est définitivement prononcée et le

⁸²⁷ E. LOQUIN, note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993, *JDI (Clunet)* 1994, p. 690 (695).

⁸²⁸ X. BOUCOBZA, « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1998, p. 495. En matière d'arbitrage international, cette approche n'est pas unanimement acceptée. Le Professeur Brekoulakis soutient que le comportement des opérateurs (parties ou tiers au contrat) qui prouve leur volonté de s'engager par les termes contractuels substantiels ne permet pas de conclure avec certitude qu'il prouve aussi leur volonté de s'engager par une clause compromissoire. L'auteur exprime son doute sur la justesse de la considération que la présomption du consentement des opérateurs peut être fondée sur une pratique commerciale ayant, par défaut, pour objet la transaction commerciale en question et non pas l'acceptation d'une modalité juridique du contrat. [Cf. St. BREKOULAKIS, *Third parties in international commercial arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 179, § 6.19.]

⁸²⁹ X. BOUCOBZA, *op. cit.*, p. 495.

⁸³⁰ P. MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1998, p. 359 (360).

⁸³¹ L'adoption jurisprudentielle de cette expression a été d'emblée introduite avec l'affaire *Bonastar II*, Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 2001, *Navire Bonastar II*, *DMF* 2001, p. 994, note Ph. DELEBECQUE, *D.* 2001, n° 40, *Somm.*, p. 3246, obs. Ph. DELEBECQUE, *BTL* 2001, n° 2906, p. 605, *Gaz. Pal.* 2007, n° 347, p. 26, note M.-L. NIBOYET, et reprise dans l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2007, *JDI (Clunet)* 2007, n° 3, *Comm.* 18, p. 968, note C. LEGROS.

⁸³² X. BOUCOBZA, *op. cit.*, p. 495.

consentement des parties à incorporer une clause arbitrale par référence peut revêtir la forme d'une acceptation tacite⁸³³.

370. – Pour conclure, nous remarquons que la clause arbitrale par référence est valable lorsque la preuve de la connaissance et de l'acceptation par les parties est fournie. Le principe du consensualisme permet de prouver la connaissance par tous les moyens, en l'absence d'une référence spécifique ou, même, écrite. La vérification de ces conditions est une question de faits et leur interprétation s'attache notamment à la qualité des parties et à la nature de leur relation⁸³⁴. Ainsi, la communication des documents contenant la clause d'arbitrage, les usages du secteur commercial, les relations d'affaires habituelles entre les parties et leur professionnalisme permettent d'en découvrir le contenu et de présumer la diligence des parties de se renseigner. La possibilité effective d'avoir accès aux documents reste aussi un élément déterminant lors de l'interprétation des faits.

Dès lors, il convient d'étudier la jurisprudence en matière d'arbitrage maritime afin d'identifier les circonstances qui permettent de conclure au consentement du destinataire à s'engager par la clause d'arbitrage incorporée par référence dans le contrat de transport maritime.

⁸³³ J.- F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, LGDJ, 2002, p. 189, § 226.

⁸³⁴ B. OPPETIT, « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990, p. 551 (557).

Chapitre II. Le consensualisme en arbitrage maritime : le consentement du destinataire en droit français

371. – La jurisprudence française suivant le principe du consensualisme recherche la réalité du consentement des parties en tant que condition de validité de la clause compromissoire par référence dans le connaissement. Dans le cadre du contrat de transport maritime, seul le consentement du destinataire soulève des questions susceptibles de retenir l'attention.

En effet, le chargeur et le transporteur sont clairement liés soit par un contrat d'affrètement, sous lequel le transport maritime est effectué, soit par un contrat de transport, aux conditions générales duquel le chargeur adhère. Dans ce dernier cas de figure, nous avons souligné que le chargeur, en adhérant à un contrat de transport, est censé avoir pris connaissance des conditions générales rédigées par le transporteur et insérées dans un document séparé. En acceptant d'adhérer au contrat de transport, il accepte également toutes les clauses figurant dans les conditions générales de celui-ci. Lorsque le chargeur est un commerçant, il est censé se renseigner sur l'exercice professionnel de son domaine d'activité⁸³⁵. Ainsi, la présomption de la connaissance et de l'acceptation de la clause compromissoire insérée dans les conditions générales est établie lors de la conclusion du contrat et du chargement des marchandises à bord du navire.

372. – En ce qui concerne le destinataire, l'expression de son consentement semble compliquer davantage la conclusion du contrat et l'effet juridique de la clause d'arbitrage

⁸³⁵ Toutefois, la jurisprudence antérieure avait contesté la validité des clauses dérogatoires de compétence (clause d'arbitrage ou attributive de compétence) à l'égard du chargeur, sans une acceptation spéciale de sa part. A plusieurs reprises, les conditions de validité de cette clause à l'égard du chargeur ont fait l'objet d'analyses jurisprudentielles et doctrinales. La jurisprudence antérieure exigeait que le chargeur prenne connaissance de la clause attributive de juridiction, traitée comme une clause dérogatoire au droit commun, et qu'il l'accepte expressément. Pendant un moment, le transporteur devait fournir la preuve de l'acceptation de la clause par le chargeur avec la production de sa signature sur le connaissement la contenant, de manière lisible (v. à titre d'exemple Cass. com., 9 juill. 1991, n° 90-10.535, *Bull. civ. IV*, n° 256, p. 179, *Navire Gina's*, *DMF* 1992, p. 665, Cass. com., 12 oct. 1993, n° 91-11.718, inédit). Cependant, la suppression de l'obligation par le chargeur de signer le connaissement (Décret du 12 nov. 1987) a contribué à l'évolution de la jurisprudence, qui a accepté l'effet obligatoire d'une clause de compétence, lors d'une acceptation même tacite. V. Paris, 26 nov. 1991, *Navire Bandudu*, *DMF* 1992, p. 577 : « Si cette acceptation peut être implicite et découler de tous éléments de fait pris – hors même toute signature du document porteur de la clause – encore faut-il qu'elle soit certaine. » V. aussi CJCE 19 juin 1984, *Tilly Russ*, *DMF* 1985, p. 83, obs. P. BONASSIES. Contre cette évolution Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1992, *D.* 1992, IR, p. 225. V. aussi M. REMOND-GOUILLOUD, « Des clauses de connaissements maritimes attribuant compétence à une juridiction étrangère : essai de démystification », *DMF* 1995, p. 339 (341), Y. TASSEL, « Les clauses attributives de compétence », in *An. D. Maritime* 1995, Tome XIII, Centre du droit maritime, Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Nantes, 1995, p. 99

par référence à son égard. Les juges français ont toujours abordé le sujet sous l'angle du consensualisme, sans rentrer directement dans le débat de l'exigence d'une référence générale ou spécifique⁸³⁶. Toutefois, malgré la discussion sur le caractère de l'acceptation, l'exigence de la jurisprudence en matière d'arbitrage maritime concernant « la connaissance requise » du destinataire n'est toujours pas clarifiée.

373. – En effet, nous observons que la condition d'une acceptation spéciale de la part du destinataire est constamment recherchée avec rigueur lorsque le renvoi à la clause d'arbitrage stipulée dans un document séparée (à savoir la charte-partie) est effectué par une référence générale. Bien que la jurisprudence reste silencieuse sur ce point, il nous semble que l'acceptation spécifique a pour objectif de pallier l'incertitude concernant la connaissance du destinataire. La mention sur le connaissement que le contrat de transport sera effectué selon les conditions de la charte-partie, sans autre précision sur la clause d'arbitrage, a rarement été une preuve suffisante de la présomption de connaissance du destinataire.

Nonobstant cette observation, le débat de la jurisprudence française ne cesse de tourner autour de la nature et de la preuve de l'acceptation du destinataire, sans attirer l'attention sur la nature de la référence. En effet, l'évolution de la jurisprudence relative à l'efficacité de la clause d'arbitrage par référence en matière de commerce international ne saurait imposer une exigence de forme écrite, dérivée d'un formalisme dès lors rejeté.

Par ailleurs, il résulte de la jurisprudence existante que les juges français et les tribunaux arbitraux siégeant en France, même s'ils ne le justifient pas clairement ni suffisamment, considèrent le destinataire comme partie-adhérente au contrat de transport maritime, selon la théorie française relative au contrat de transport maritime tripartite. Ainsi, son consentement est soumis aux mêmes conditions que celles applicables à une partie initiale au contrat de transport, à savoir sa connaissance et son acceptation au moment de la formation du contrat.

(108 et suiv.), A. MALAN, « Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime », *DMF* 2006, n° 666, p. 3 (11).

374. – De nouveau, nous nous retrouvons confrontés à la même problématique, soulevée également au sein des ordres juridiques anglaise et grecque, selon laquelle la distinction entre le droit applicable à la clause compromissoire et le droit applicable au fond du litige n'est pas concrètement respectée. Dans ce contexte, l'hypothèse d'un dépeçage du contrat nous semble opportune afin de tirer des conclusions par rapport à l'efficacité de la convention d'arbitrage à l'égard du destinataire, en fonction de sa position contractuelle.

À cet égard, nous envisageons d'analyser les conditions de validité de la clause par référence envers le destinataire, suivant l'hypothèse que le droit français s'applique à la fois au contrat principal et à la convention d'arbitrage. Dans ce cadre, il convient d'analyser la condition du « consentement valable » imposée par la règle matérielle française (Section I).

Par la suite, nous envisagerons l'application de la règle matérielle française à la clause compromissoire, soit, par un choix exprès des parties, soit, par le seul fait que les juges français sont saisis, et d'autre part, l'application du droit anglais ou du droit grec au contrat principal. Le consensualisme de la règle matérielle française devrait édicter les conditions d'opposabilité de la clause à l'égard du destinataire, en tant que tiers-cessionnaire des droits découlant du contrat de transport (selon le droit anglais), ou en tant que tiers-bénéficiaire d'une stipulation faite en sa faveur (selon le droit grec). (Section II).

Section I. Le consentement du destinataire-partie au contrat

375. – La règle matérielle de la jurisprudence française a énoncé que la validité de la clause compromissoire par référence était soumise au seul consentement des parties au contrat. Après avoir supprimé toute exigence formelle et avoir accepté la présomption de connaissance des parties, fondée sur une référence même générale insérée dans l'un des

⁸³⁶ Nous avons constaté que le débat mené dans la jurisprudence, tant grecque qu'anglaise, concernait la nature de la référence, répondant au critère du formalisme imposé par les textes juridiques applicables à la validité de la clause compromissoire. V. *supra* n° 324.

documents du contrat, le juge français recherche avec rigueur les indices révélant l'« acceptation » de la clause par les parties afin d'établir leur consentement à l'arbitrage.

L'application de cette règle matérielle en matière de transport maritime des marchandises a finalement amené la jurisprudence maritime à s'interroger sur la forme que doit revêtir l'expression du consentement du destinataire des marchandises. En d'autres termes, l'efficacité de la clause est-elle soumise à une acceptation expresse de la part du destinataire (§1), ou une acceptation tacite peut-elle être aussi suffisante, conformément à la règle matérielle établie, par ailleurs, en matière d'arbitrage international commercial (§2) ?

Toutefois, nous verrons que le choix effectué à chaque fois par les juges n'est pas dissocié du caractère de la « référence ». La récurrence du dilemme est plus évidente encore dans la jurisprudence arbitrale. Les sentences arbitrales, rendues notamment au sein de la Chambre arbitrale maritime de Paris, ne rentrent pas dans le débat concernant l'acceptation spéciale ou tacite des destinataires. Les arbitres continuent à établir la présomption de connaissance du destinataire sur la base du caractère de la « référence » et des circonstances de l'affaire. L'acceptation est dans la plupart des cas présumée par le silence de l'opérateur qui a toutefois pris connaissance de la clause par référence spécifique. Ainsi, le débat sur « la référence spécifique ou générale » reste toujours à l'épicentre du raisonnement des arbitres maritimes, comme étant l'élément déterminant pour l'efficacité de la clause d'arbitrage à l'égard du destinataire (§3).

§1. La condition d'une acceptation « spéciale »

A. La doctrine de l'« adhésion sélective » du destinataire au contrat de transport maritime de marchandises

i. La dissociation des consentements du destinataire et du chargeur

376. – Comme dans les systèmes juridiques anglais et grec, la tendance de la jurisprudence maritime en France était de traiter de manière uniforme les clauses dérogatoires à la compétence du juge étatique, tout en assimilant la clause d'arbitrage à une clause

procédurale⁸³⁷. Dans la perspective de l'alignement du régime applicable, à la fois, aux clauses compromissoires et aux clauses attributives de juridiction, les décisions jurisprudentielles concernant l'opposabilité des clauses d'arbitrage font souvent apparaître des solutions inspirées par l'article 23 du Règlement 44/2001/CE (ancien article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)⁸³⁸.

Dans ce contexte, la jurisprudence précédente acceptait que les clauses de juridiction⁸³⁹ produisent le même effet obligatoire tant à l'égard du chargeur que du destinataire. Ce dernier était considéré comme l'ayant cause⁸⁴⁰ ou même le successeur aux droits du chargeur⁸⁴¹. Le contrat de transport était conçu comme un ensemble homogène entre le transporteur, le chargeur et le destinataire⁸⁴². Ainsi, l'acceptation de la clause par le chargeur était suffisante pour lier le destinataire⁸⁴³.

Dans l'arrêt *Siaci*⁸⁴⁴, la question qui s'est posée concernait l'engagement de l'assureur du destinataire par une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissement, liant le chargeur et le destinataire de la marchandise. La Cour a examiné l'ampleur de la

⁸³⁷ M. REMOND-GOUILLOUD, « Des clauses de connaissements maritimes attribuant compétence à une juridiction étrangère : essai de démystification », *DMF* 1995, p. 339, Y. TASSEL, « Les clauses attributives de compétence », in *An. D. Maritime* 1995, Tome XIII, Centre du droit maritime, Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Nantes, 1995, p. 99, A. MALAN, « Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime », *DMF* 2006, n° 666, p. 3 (9). La pratique maritime n'appliquait pas le principe d'autonomie de l'arbitrage lors de l'examen de la validité de la clause compromissoire du connaissement. De même, la nature procédurale de la clause d'arbitrage persistait jusqu'à récemment, témoignant des hésitations du droit maritime d'approuver la confiance à l'arbitrage, contrairement à la confiance excessive accordée à l'arbitrage dans les autres domaines du commerce international.

⁸³⁸ R. 44/2001, art. 23, par. 1 : « Cette convention attributive de juridiction est conclue : [...] c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée. » V. aussi H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4^{ème} ed., LGDJ, 2010, p. 128 et suiv.

⁸³⁹ Ce terme est choisi afin d'englober les deux types de clauses précitées.

⁸⁴⁰ Y. TASSEL, « De quelques difficultés présentées par les clauses de prorogation de compétence » note sous l'arrêt Rouen, 21 oct. 1992, *DMF* 1993, n° 529, p. 397 (400).

⁸⁴¹ Dans l'affaire *Chang-Ping* (Aix-en-Provence, 28 oct. 1993, *DMF* 1994, p. 764, et p. 170 (171), obs. P. BONASSIES, Y. TASSEL, *op. cit.*, p. 99), il était accepté que « la clause contenue dans le connaissement et attribuant compétence à une juridiction étrangère pour les litiges nés de l'exécution de la Convention est, dès lors qu'elle est reconnue valide entre le chargeur et le transporteur, opposable non seulement au destinataire des marchandises qui, en acquérant le connaissement, a succédé au chargeur dans ses droits et obligations, mais également aux assureurs subrogés dans les droits du destinataire. » [Nous soulignons.] La position du destinataire est recherchée selon le droit applicable au contrat de transport (Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 2001, *Navire Bonastar II*, *DMF* 2001, p. 994, note Ph. DELEBECQUE, *D.* 2001, n° 40, *Somm.*, p. 3246, obs. Ph. DELEBECQUE, *BTL* 2001, n° 2906, p. 605, *Gaz. Pal.* 2007, n° 347, p. 26, note M.-L. NIBOYET). V. aussi R. RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II*, Paris, Dalloz, 1968, p. 25, § 406.

⁸⁴² B. DE LA CRASSIERE, « La clause d'un connaissement attributive de compétence à un tribunal étranger », *DMF* 1952, p. 119, H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Thèse, Paris, Dalloz, 1965, p. 257 citant Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 1909, *Rev. Autran*, T. 30, p. 47 : « Le destinataire, qui réclame l'exécution du contrat de transport se soumet par là même à toutes les clauses et conditions licites du contrat. »

⁸⁴³ A. KPOAHOUN-AMOISSOU, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, Thèse Université Aix-Marseille 3, PUAM, 1999, p. 293 et suiv.

subrogation de l'assureur aux droits et obligations du destinataire, sans soulever à aucun moment la question de la position contractuelle du destinataire dans le contrat. La Cour a accepté, sans raisonnement particulier, que l'assureur français se soit retrouvé lié par la clause de compétence, dans la mesure de sa subrogation à la position contractuelle du destinataire, ce dernier étant lié par cette clause, comme par n'importe quelle autre clause du contrat. Le raisonnement du juge étatique reposait sur l'argument que « *l'insertion d'une clause attributive de compétence dans un contrat international fait partie de l'économie de la convention et emporte renonciation à tout privilège de juridiction* »⁸⁴⁵.

Dans un arrêt du 23 décembre 1992⁸⁴⁶, se référant également à l'opposabilité d'une clause d'attribution de compétence, l'acceptation de la clause par le chargeur a été recherchée afin de l'opposer au destinataire. Les juges ont décidé qu'en l'espèce, le chargeur a accepté la clause dérogatoire de compétence lors de la conclusion du contrat, et que cette clause était opposable au tiers porteur du connaissement et à ses assureurs subrogés dans ses droits.

377. – Néanmoins, la doctrine s'était déjà interrogée sur l'opportunité de lier la position du destinataire à celle du chargeur, tout en s'interrogeant sur l'intérêt de dissocier la position juridique entre les deux opérateurs. Les hésitations portaient sur l'argument que la clause de compétence liait le destinataire par le seul fait que le chargeur l'avait acceptée⁸⁴⁷. La jurisprudence n'a pas tardé à réagir à cette observation et un revirement jurisprudentiel

⁸⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 1986, *Siaci*, Bull. civ. I, n° 277, Rev. crit. DIP 1987, p. 396, note H. GAUDEMET-TALLON, RTD civ. 1987, p. 547 (548), obs. J. MESTRE, DMF 1987, p. 706.

⁸⁴⁵ Arrêt *Siaci* précité. Cet argument est repris par l'affaire *Bonastar II* (Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 2001, *Navire Bonastar II*, DMF 2001, p. 994, note Ph. DELEBECQUE, D. 2001, n° 40, Somm., p. 3246, obs. Ph. DELEBECQUE, BTL 2001, n° 2906, p. 605, Gaz. Pal. 2007, n° 347, p. 26, note M.-L. NIBOYET) statuant que : « [...] *l'insertion d'une clause de juridiction étrangère dans un contrat international fait partie de l'économie de celui-ci de sorte qu'elle s'impose à l'assureur subrogé [dans les droits du destinataire] [...].* »

⁸⁴⁶ Rennes, 23 déc. 1992, *Navire Westfield*, DMF 1992, p. 298, note Y. TASSEL, « *Considérant en conséquence que le jugement sera confirmé en ce qu'il [le chargeur] a validé la clause de prorogation de compétence incluse dans le connaissement, laquelle est opposable au tiers porteur et aux assureurs subrogés dans ses droits ; [...].* »

⁸⁴⁷ Y. TASSEL, « De quelques difficultés présentées par les clauses de prorogation de compétence » note sous l'arrêt Rouen, 21 oct. 1992, DMF 1993, n° 529, p. 397 (400). L'auteur, en commentant l'arrêt Rouen, 21 oct. 1992 reproduite en l'espèce, se demande « *s'il ne convient pas d'admettre qu'elles [les jurisprudences commentées dans ce même article par lui-même] rendent nécessaire de rechercher dans tous les cas si le destinataire (et non seulement le chargeur) a eu connaissance et a accepté la clause litigieuse, le fondement de ces deux solutions pouvant résider dans la distinction faite entre le droit commun du contrat de transport et le droit des clauses dérogatoires à ce droit commun (Pestel-Debord, Bull. transp. 1993, 211).* » Nous soulignons que l'arrêt n'a pas retenu l'applicabilité de la clause attributive de juridiction en l'espèce en raison du fait que son existence n'a pas été rapportée à l'égard du chargeur et pour cette raison, ni le destinataire ni ses assureurs subrogés n'étaient liés par celle-ci. V. aussi Y. TASSEL, « Les clauses attributives de compétence », in *An. D. Maritime 1995*, Tome XIII, Centre du droit maritime, Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Nantes, 1995, p. 99 (111).

s'est produit depuis un arrêt de la Cour de cassation de 1992 (*Affaire Ribra*)⁸⁴⁸. Dans cet arrêt, rendu en matière de transport fluvial, la Cour a annoncé que la clause attributive de compétence liait la partie qui en a pris connaissance et l'a acceptée au moment de la formation du contrat. En l'espèce, une telle clause établie entre le transporteur et le chargeur ne pouvait pas produire son effet obligatoire envers le destinataire qui n'avait pas manifesté son consentement lors de son intervention dans l'opération du transport.

La jurisprudence de la Cour suprême française a ainsi introduit « *les germes d'une dissociation* »⁸⁴⁹ entre le chargeur et le destinataire en exigeant son acceptation « spéciale » pour la clause de juridiction par référence : « [...] *une clause attributive de compétence n'est opposable qu'à la partie qui en a eu connaissance et qui l'a acceptée au moment de la formation du contrat ; que c'est donc à bon droit qu'ayant relevé qu'il n'était pas établi que le destinataire " se serait soumis au contrat établi entre l'expéditeur et le transporteur " , la cour d'appel a décidé que la clause litigieuse n'était pas opposable [au destinataire].* »⁸⁵⁰

Par souci de respecter le rôle distinct (mais pas encore défini) du destinataire, la jurisprudence a pris le soin de rechercher le comportement du destinataire témoignant de son acceptation de se voir lié par la clause de juridiction. A partir du moment où ce dernier est considéré comme une personne distincte du chargeur, l'efficacité de la clause de juridiction doit être recherchée à son encontre, sans être automatiquement déduite par l'engagement du chargeur. L'arrêt précité a retenu la motivation de la Cour d'appel en soulignant qu'« *il ne ressortait de ces documents aucun élément de nature à établir que [le destinataire et porteur du connaissement] se serait soumis au connaissement* » et que « [...] *la clause qu'il contenait ne lui était pas opposable ; [...]* ».

Par ailleurs, soulignant la position de faiblesse du destinataire dans l'opération commerciale en question, la Cour de cassation n'a pas hésité à clarifier qu'en outre « [...]

⁸⁴⁸ Cass. com. 26 mai 1992, *Navire Ribra*, *Bull. civ. IV*, n° 210, *Rev. crit. DIP* 1992, n° 4, p. 703, note H. GAUDEMET-TALLON, A. KPOAHOUN-AMOUSSOU, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, Thèse Université Aix-Marseille 3, PUAM, 1999, p. 365 et suiv.

⁸⁴⁹ O. CACHARD, « La force obligatoire vis-à-vis du destinataire des clauses relatives à la compétence internationale stipulées dans les connaissements », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, 2008, Dalloz, p. 189 (193).

⁸⁵⁰ Cass. com. 26 mai 1992, *Navire Ribra*, *Bull. civ. IV*, n° 210, *Rev. crit. DIP* 1992, n° 4, p. 703, note H. GAUDEMET-TALLON, A. KPOAHOUN-AMOUSSOU, *op. cit.*

la circonstance qu'une clause attributive de compétence ne soit pas opposable au destinataire qui ne l'a pas acceptée, n'a pas d'effet sur la recevabilité d'une action intentée par lui sur le fondement du contrat de transport ; que la [C]our d'appel n'avait donc pas à effectuer la recherche visée au pourvoi ; [...] »

378. – Toutefois, deux questions n'ont toujours pas été résolues. D'une part, aucune réponse ferme n'a été fournie quant à la position contractuelle du destinataire. Ce dernier disposait d'une action contractuelle, mais n'était pas lié par toutes les stipulations du contrat, à défaut d'une acceptation spéciale⁸⁵¹. Ainsi, les conditions d'engagement du destinataire par ladite clause n'ont pas été déterminées en fonction de sa position contractuelle.

D'autre part, la jurisprudence en matière d'arbitrage international avait déjà déduit que la validité de la clause par référence envers les parties du contrat était subordonnée à la preuve de leur consentement, lui-même défini comme la preuve de la connaissance de la clause en question et la preuve de son acceptation. Or, avant de soulever les moyens qui prouvent son acceptation, il faut d'abord établir la connaissance ou, au moins, la présomption de connaissance du destinataire. Depuis la dissociation de la volonté du chargeur de celle du destinataire, la jurisprudence recherche toujours la preuve de l'acceptation de ce dernier, sans élucider les circonstances qui donnent lieu à la présomption de sa connaissance.

Une longue jurisprudence ainsi qu'un débat doctrinal assez controversé témoignaient de la complexité du sujet. La formulation même de la question démontrait la position prise *a priori*⁸⁵². Au cœur du débat se trouve la recherche des conditions de « l'opposabilité » de la clause compromissoire, insérée dans un contrat de transport, au destinataire. Or, l'« opposabilité » d'un acte juridique est évoquée à l'égard de ceux qui n'ont été « *ni parties ni représentés* »⁸⁵³. Sous cet angle, les conditions d'opposabilité des clauses de juridiction s'appliquaient au destinataire considéré comme un tiers audit contrat. L'effet

⁸⁵¹ C. LEGROS, « Arbitrage et connaissance », *RD transp.* 2008, n° 9, p. 15 (17).

⁸⁵² O. CACHARD, « La force obligatoire vis-à-vis du destinataire des clauses relatives à la compétence internationale stipulées dans les connaissements », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, 2008, Dalloz, p. 189 (192).

⁸⁵³ G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., PUF, 2011, V° « Opposabilité ».

obligatoire du contrat et de ses clauses était réservé aux seules parties du contrat de transport maritime, à savoir le transporteur et le chargeur.

379. – Pendant longtemps, la même solution a été adoptée par la jurisprudence⁸⁵⁴, ainsi que par la doctrine⁸⁵⁵, en matière de transport maritime. L'affaire *Nagasaki*⁸⁵⁶ a fourni la suite jurisprudentielle concernant l'application de la clause attributive de compétence à l'égard du destinataire. Les mêmes conditions de l'engagement du destinataire par la clause de juridiction ont été reprises dans l'affaire *Stolt Osprey*, en ce qui concerne l'efficacité de la clause compromissoire insérée dans un connaissement de charte-partie.

Plus précisément, dans l'affaire *Stolt Osprey*, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a finalisé la règle en énonçant que « *pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un connaissement doit avoir été portée à sa connaissance et avoir été acceptée par lui, au plus tard au moment où, recevant livraison de la marchandise, il a adhéré au contrat de transport* »⁸⁵⁷.

En l'espèce, le connaissement, émis sous couvert d'un affrètement au voyage, mentionnait que le transport était effectué selon les termes de la charte-partie, étant précisé que « *la copie de ce contrat pouvait être obtenue auprès du chargeur ou de l'affréteur* ». La charte-partie contenait en effet une clause d'arbitrage. L'arrêt attaqué (Cour d'appel de Paris, 24 mars 1992) avait jugé que le destinataire, étant partie au contrat de transport et en sa qualité de destinataire et porteur du connaissement, « *ne saurait se soustraire aux obligations contractées lors de la conclusion de la convention* ».

⁸⁵⁴ Rouen, 8 juill. 1993, *Navire Johnny Two*, DMF 1994, p. 211, obs. Y. TASSEL, BTL 1994, p. 23. La Cour d'appel décide que « [l]a clause acceptée par le chargeur lui est opposable. Mais elle n'est pas opposable au destinataire, dernier endossataire du connaissement, qui n'a pas participé à son établissement, dès lors qu'il ne ressort de ce document ni du contrat conclu entre le chargeur et le transporteur, aucun élément de nature à établir que le destinataire se serait soumis au connaissement. » (Solution confirmée par Cass. com., 20 juin 1995, *Rev. arb.* 1995, p. 622, note J. L. GOUTAL). Il convient de souligner que la clause d'arbitrage figurait directement dans le corps du connaissement sans référence générale à la charte-partie. Cette solution est aussi confirmée par un arrêt de la Cour d'appel (Rouen, 14 oct. 1993, DMF 1994, p. 381, note J.C. BUHLER) statuant que : « *le (destinataire) porteur du connaissement ne peut se voir opposer une clause de la charte-partie qui ne s'y trouve pas reproduite et qui n'a pas fait l'objet d'une acceptation certaine de sa part.* » Dans ce sens, Cass. com., 18 oct. 1994, *Navire Saint-Killian*, DMF 1995, p. 280. Aussi, en matière de clauses attributives de compétence, v. Cass. com. 29 nov. 1994, *Navires Harmony et Nagasaki*, DMF 1995, p. 209, note P. BONASSIES.

⁸⁵⁵ A. KPOAHOUN-AMOUSSOU, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, Thèse Université Aix-Marseille 3, PUAM, 1999, p. 401, P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 743.

⁸⁵⁶ Cass. com., 29 nov. 1994, *Navires Harmony et Nagasaki*, DMF 1995, p. 209, note P. BONASSIES.

⁸⁵⁷ Cass. com., 29 nov. 1994, *Navire Stolt-Osprey*, DMF 1995, p. 218, note Y. TASSEL, Cass. com., 20 juin 1995, *Rev. arb.* 1995, p. 622, note J.-L. GOUTAL, Cass. com. 14 nov. 2000, *Rev. arb.* 2001, p. 559, note C. LEGROS, Rouen, 28 fév. 2002,

Or, la Cour de cassation a estimé que selon les énonciations mêmes de l'arrêt attaqué, il en résultait que « *le transport était effectué selon les termes de la charte-partie tenue comme régissant les rapports des parties intéressées au transport et que les clauses de ce contrat, parmi lesquelles la stipulation litigieuse, n'avaient pas été portées à la connaissance du destinataire, mais qu'il était seulement mentionné que ladite charte-partie pouvait être obtenue auprès du chargeur ou de l'affréteur* ». La décision de la Cour d'appel a été annulée sur le fondement de la violation de l'article II.2. de la Convention de New York concernant la validité de la clause d'arbitrage. Soulignons aussi qu'en l'espèce, le destinataire appartenait au même groupe de sociétés que le chargeur⁸⁵⁸.

Il semble alors que, selon la jurisprudence précitée, l'engagement du destinataire par une clause d'arbitrage est subordonné à son acceptation spéciale au moment de son adhésion, lors de la livraison de la marchandise. La formulation de l'arrêt permet de comprendre que la distinction doit être faite entre l'acceptation de la marchandise, l'acceptation du contrat et encore l'acceptation de la clause de juridiction. Le destinataire est censé manifester par un acte séparé son acceptation expresse de la clause dérogatoire, notamment lorsque la clause d'arbitrage ne figure pas directement dans le texte du connaissement. Il semble que la clause par référence (dont le renvoi est effectué par mention générale) ne suffit pas pour engager le destinataire, même s'il est pratiquement possible de recourir au contenu du document contenant la clause. Dans le silence de la décision, nous pourrions discerner que les juges ont considéré que la présomption de connaissance du destinataire n'était pas suffisamment prouvée, et par conséquent, une acceptation expresse devrait suppléer ce manque.

ii. L'adhésion « sélective » du destinataire et l'acceptation « spéciale » de la convention d'arbitrage

BTL 2002, p. 356, Rouen, 8 oct. 2002, *Navire Walka Mlodych*, *Rev. arb.* 2003, p. 1341, note C. LEGROS, *DMF* 2003, p. 547, obs. Y. TASSEL, Douai, 30 oct. 2003, *DMF* 2004, p. 253, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁸⁵⁸ Le fournisseur *CDF Chimie France* livrait de la marchandise à la société *CDF Chimie North America*. (Voir arrêt précité). Ce lien direct entre les deux sociétés aurait pu permettre aux juges de déduire que l'accès au contenu de la charte-partie était plutôt facile. Néanmoins, au moment où la décision a été rendue, la jurisprudence ne tenait pas compte de la présomption de compétence du destinataire fondée notamment sur la possibilité (ou même l'obligation) de prendre connaissance des termes du contrat. A ce moment-là, la présomption de la connaissance était déduite de l'acceptation expresse de l'opérateur en question.

380. – Ecartant du débat la question du caractère spécifique ou général de la référence, les juges ont essayé de fonder juridiquement la condition dorénavant imposée, à savoir l'acceptation « spéciale » du réceptionnaire des marchandises. Ce fondement est notamment recherché dans la théorie du contrat tripartite de transport maritime et du mécanisme de l'adhésion du destinataire⁸⁵⁹.

381. – Lors de l'adoption de la théorie du destinataire partie-adhérente au contrat de transport⁸⁶⁰, il a été précisé que le destinataire n'est pas une partie-adhérente « ordinaire »⁸⁶¹. La Cour de cassation⁸⁶² a considéré que le destinataire, en adhérant au contrat, par l'accomplissement du connaissance ou par d'autres moyens, adhère en fait à un contrat de transport « *correspondant au type normal d'un tel contrat. Plus précisément, il n'adhère qu'aux stipulations ou conditions qui sont conformes à l'économie générale du contrat* »⁸⁶³. Les clauses qui ne sont pas conformes à l'économie générale du contrat de transport doivent faire l'objet d'une acceptation spéciale et particulière de la part du destinataire.

Cette théorie du contrat tripartite se limite alors à l'adhésion, pour la troisième partie, « *au type normal d'un tel contrat* »⁸⁶⁴, au contrat statutaire de transport maritime⁸⁶⁵, effectuant, en réalité, une « *adhésion sélective* »⁸⁶⁶. Les critères de la « sélection » des clauses aptes à lier la partie adhérente divisent la doctrine. Ainsi, pour certains auteurs, l'adhésion ne concerne que les conditions et les clauses qui sont conformes à « *l'économie générale du contrat* »⁸⁶⁷, tandis que pour d'autres, le choix des clauses opposables au destinataire est

⁸⁵⁹ Pour suivre le raisonnement des arrêts commentés, nous présentons l'argumentation des juges étatiques, dans un premier temps, afin de l'analyser par la suite.

⁸⁶⁰ La qualité de partie du destinataire lui est attribuée lorsqu'il y adhère, postérieurement à la conclusion du contrat entre le transporteur et l'expéditeur, confirmant sa nature « à vocation » tripartite. Pour une analyse approfondie de cette position v. *supra* n° 74. Aussi, v. F. PETIT, La vocation au tripartisme du contrat de transport de marchandises, Thèse Université de Caen, [microfiche], 2005.

⁸⁶¹ A. VIALARD, *Droit maritime*, Paris, PUF, 1997, p. 376, A. MALAN, « Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime », *DMF* 2006, n° 666, p. 3 (15) : « [...] - *ni vraiment tiers ni vraiment partie à ce contrat*-[...] »

⁸⁶² Cass. com., 16 janv. 1996, *Monte Cervantes*, *DMF* 1996, p. 627, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁸⁶³ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 635. La théorie et la jurisprudence sont d'accord au moins pour la clause de juridiction. Pour assurer l'opposabilité d'une telle clause au destinataire, il faut son acceptation spéciale. Il existe d'autres clauses qui font partie de cette liste des stipulations et dispositions qui ne constituent pas l'« économie générale du contrat », et pour lesquelles on a besoin de l'acceptation spécifique du destinataire.

⁸⁶⁴ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *ibid.*, p. 635, n° 932.

⁸⁶⁵ P. BONASSIES, note sous l'arrêt Cass. com. 29 nov. 1994, *Navires Harmony et Nagasaki*, *DMF* 1995, p. 209 (210 et suiv.), Ph. DELEBECQUE, « Le destinataire de la marchandise, tiers ou partie au contrat de transport ? », *RDC* 2003, p. 139.

⁸⁶⁶ A. ROYER-FLEURY, *Essai d'une théorie juridique du connaissance et des autres titres de transport maritime*, Thèse Université de Nantes, [microfiche], 2004, p. 153.

⁸⁶⁷ L'expression est utilisée dans l'affaire précitée *Monte Cervantes*.

soumis à d'autres critères, tel le critère de « connaissance » des clauses par le destinataire au moment de son adhésion au contrat⁸⁶⁸. Dans tous les cas, la volonté du destinataire d'adhérer ne peut porter que sur une partie du contrat, nécessitant un consentement distinct pour certaines clauses.

Selon P. Bonassies⁸⁶⁹, « *le consentement donné du fait de la prise de possession de la marchandise n'a pas un caractère global. Ce consentement marque sa volonté d'adhérer au contrat de transport dans son principe, tout en bénéficiant des droits fondamentaux nés de ce contrat* ». Cet auteur souligne également qu'« *un consentement plus fort et précis est demandé pour marquer son adhésion aux clauses lui imposant une charge ou une obligation particulière, et aux éléments purement occasionnels d'une relation concrète de transport.* » L'adhésion porte sur toutes les clauses « *ne dérogeant pas à une règle générale* »⁸⁷⁰. Dans cette logique, la clause compromissoire dérogeant à la règle du juge « naturel » ne fait pas partie de l'économie du contrat.

382. – Le consentement du destinataire est exigé dans tous les cas de figure, pour son adhésion au contrat et d'autant plus pour l'incorporation d'une clause par référence. Au soutien de cette solution⁸⁷¹, il est invoqué le besoin d'informer le destinataire de ses droits et ses obligations. La théorie de l'adhésion sélective semble s'appuyer sur l'argument du manque d'information suffisant pour les porteurs successifs du c onnaissance ainsi que pour le destinataire final des marchandises. Afin de vérifier leur connaissance et protéger ces opérateurs contre les manœuvres abusives de leur cocontractant, un degré de certitude plus élevé est exigé. La nature d'ordre public du c ontrat de transport découle de cette spécificité propre au mécanisme du transport maritime qui justifie l'application d'un régime juridique strict, délimitant la liberté contractuelle des parties. C'est ainsi ce qui

⁸⁶⁸F. PETIT, *op. cit.*, p. 255.

⁸⁶⁹ P. BONASSIES, note sous l'arrêt Cass. com., 29 nov. 1994, *Navires Harmony et Nagasaki*, DMF 1995, p. 209 (216-217). Du même avis aussi Ph. DELEBECQUE, note sous Cass. com., 16 janv. 1996, *Navire Monte Cervantes*, DMF 1996, p. 627, aussi le même auteur « L'opposabilité des clauses attributives de compétence au destinataire », obs. sous Cass. com. 4 mars 2003, *Navire Houston Express*, RDC 2003, p. 141 (cet arrêt est aussi commenté dans : RTD com. 2003, p. 421, obs. Ph. DELEBECQUE, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 285, note P. LAGARDE, *JDI (Clunet)* 2004, p. 197, obs. A. HUET, *JCP G* 2004, n° 19, II 10071, p. 841, note A. SINAY-CYTERMANN, « Le sort des clauses attributives de juridiction insérées dans les connaissements »).

⁸⁷⁰ Ph. DELEBECQUE, note sous Cass. com., 16 janv. 1996, *Navire Monte Cervantes*, DMF 1996, p. 627, 2 fév. 2004, *Bull. civ. IV*, n° 41, p. 39.

⁸⁷¹ P. BONASSIES, note sous l'arrêt Cass. com., 29 nov. 1994, *Navires Harmony et Nagasaki*, DMF 1995, p. 209 (213). Il faut distinguer la doctrine qui soutient l'inopportunité de la solution de la Cour : Y. TASSEL, « L'autonomie de la clause de juridiction », DMF 1995, p. 259, Y. TASSEL, note sous l'arrêt Cass. com. 29 nov. 1994, *Navire Stolt Osprey*, DMF 1995, p. 218 (219).

justifie l'adoption des conventions internationales en matière de transport maritime ayant pour objectif d'introduire un régime d'ordre public, avec des règles impératives afin de protéger les personnes précitées des clauses de limitation de responsabilité de la part des transporteurs.

383. – Cet argument révèle également la méfiance de la pratique maritime face à une clause considérée comme « lourde » pour le destinataire. Cette clause est supposée entraîner des obligations supplémentaires à l'égard du destinataire, à savoir de recourir à un tribunal arbitral siégeant à un endroit lointain. Cette approche n'est guère éloignée de l'avis exprimé par la jurisprudence anglaise considérant la clause compromissaire « non *germane* » au contrat de transport maritime et éventuellement dangereuse pour les intérêts du destinataire. Ainsi, même si le juge anglais exige un certain degré de certitude confirmée par l'existence d'une « référence spécifique » portée à l'attention du destinataire, le juge français subordonne l'engagement du destinataire à la preuve de son « acceptation spécifique » de ladite clause.

B. L'opportunité de la solution jurisprudentielle

384. – La condition de l'acceptation spéciale du destinataire est régulièrement associée à sa position juridique. La solution de l'affaire *Ribra* a été fondée sur la qualité juridique du destinataire d'un tiers au contrat de transport maritime (en dissociant le destinataire du chargeur), afin d'insérer l'exigence d'une acceptation spéciale pour son engagement. Dans l'arrêt *Stolt Osprey*, une acceptation spéciale de la part du destinataire, considéré comme partie-adhérente, a toutefois été exigée, sur le fondement, cette fois, de la nature sélective de son « adhésion » au contrat.

A partir du moment où la théorie de l'« adhésion » du destinataire semble être adoptée par la jurisprudence française afin de justifier ses droits contractuels, il convient d'étudier les effets juridiques de ce mécanisme à l'égard de cet opérateur et de son engagement par une clause d'arbitrage par référence dans le connaissement de charte-partie. Plusieurs remarques découlent de cette jurisprudence imposant l'« acceptation spéciale » comme

condition d'efficacité de la clause compromissoire par référence à l'égard du destinataire partie adhérente audit contrat⁸⁷².

i. L'adhésion « globale » du destinataire et la nature juridique de la convention d'arbitrage

385. – D'abord, une contradiction frappante se manifeste dans le fait que les juges français continuent à rechercher les conditions de l'« opposabilité » de la clause d'arbitrage par référence au destinataire, alors qu'ils acceptent son « adhésion » au contrat de transport⁸⁷³. Admettons que le destinataire adhère au contrat, cela signifie qu'il devient une partie. Il serait donc opportun de considérer que les juges continuent de se tromper dans l'utilisation du terme « opposabilité », terme normalement employé à l'égard des tiers au contrat. En réalité, la jurisprudence recherche les conditions de l'engagement du destinataire, en tenant compte de sa qualité de partie. Dans ce cadre, le destinataire serait soumis aux conditions des « effets obligatoires » de toutes les clauses du contrat, dans lequel figure la clause par référence⁸⁷⁴.

386. – Dans le cadre de la doctrine du « contrat tripartite » de transport maritime, il a été admis que le destinataire, en adhérant au contrat, « accepte » l'offre émise conjointement par le chargeur et le transporteur, qui lui donnent la possibilité de faire partie au contrat de transport formé par les parties initiales⁸⁷⁵. Le connaissance transféré au destinataire, constitue l'*instrumentum*⁸⁷⁶ de ce contrat, dans la mesure où il contient ses termes et conditions. Le transporteur et le chargeur ont offert la possibilité à une troisième personne de faire partie de leur propre contrat, via l'envoi de la marchandise au destinataire. Par

⁸⁷² Reprenons la phrase employée dans l'affaire *Stolt Osprey*, « [...] pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un connaissance doit avoir été portée à sa connaissance et avoir été acceptée par lui, au plus tard au moment où, recevant livraison de la marchandise, il a adhéré au contrat de transport. » (Cass. com. 29 nov. 1994, *Navire Stolt-Osprey*, DMF 1995, p. 218, note Y. TASSEL, DMF 1995, p. 200, note P. BONASSIES). Cf. Cass. com., 20 juin 1995, *Rev. arb.* 1995, p. 622, note J. L. GOUTAL, Cass. com. 14 nov. 2000, *Rev. arb.* 2001, p. 559, note C. LEGROS, Rouen, 8 oct. 2002, *Navire Walka Mlodych*, *Rev. arb.* 2003, p. 1341, note C. LEGROS, DMF 2003, p. 547, obs. Y. TASSEL, Douai, 30 oct. 2003, DMF 2004, p. 253, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁸⁷³ O. CACHARD, « La force obligatoire vis-à-vis du destinataire des clauses relatives à la compétence internationale stipulées dans les connaissances », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, 2008, Dalloz, p. 189 (192).

⁸⁷⁴ Pour une présentation analytique de l'argument selon lequel le destinataire adhère à l'ensemble des stipulations contractuelles et, par conséquent, est censé être également lié par la clause compromissoire, v. C. LEGROS, « Arbitrage et connaissance », *RD transp.* 2008, n° 9, p. 15 (20 et suiv.), *Id.*, *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*, Thèse Université de Rouen, [microfiche], 1999, p. 297 suiv.

⁸⁷⁵ F. PETIT, *La vocation au tripartisme du contrat de transport de marchandises*, Thèse Université de Caen, [microfiche], 2005, p. 135.

⁸⁷⁶ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 641, § 943.

conséquent, l'acceptation de la marchandise par ce dernier, signifie son acceptation d'adhérer à ce contrat précis, dont la preuve est fournie par le document du connaissement.

387. – Le contrat de transport doit être considéré comme un ensemble de clauses qui prévoient les modalités d'une opération commerciale, en l'espèce, le transport maritime des marchandises. Toutes les clauses figurant sur le connaissement, directement insérées ou par référence, constituent le contrat. Le destinataire est censé adhérer à son ensemble. Accepter la possibilité d'une « sélection » des clauses auxquelles le destinataire adhère présuppose une hiérarchie au sein même du contrat. La classification des clauses en deux groupes semble se fonder sur le degré de compatibilité de leur nature juridique avec l'économie du contrat⁸⁷⁷. De la sorte, la première catégorie qui regrouperait les clauses propres (ou caractéristiques) à l'économie du contrat serait sans autre indication valable à l'égard du destinataire dès son adhésion, contrairement aux clauses du deuxième groupe qui nécessiteraient une manifestation d'acceptation supplémentaire de sa part.

Cette distinction fondée sur la nature juridique des clauses contractuelles semble s'inspirer de la pratique des contrats de consommation. Dans ce cadre, les consommateurs jouissent d'un privilège de protection puisqu'ils détiennent la place de la partie « faible », face à un cocontractant commerçant et spécialisé dans le secteur concerné⁸⁷⁸. Toutefois, cette approche n'est pas opportune à l'égard d'un destinataire, opérateur du commerce international. Le destinataire et tiers porteur du connaissement ne jouit pas de la position de partie « faible » au contrat de transport maritime. La partie « adhérente » n'est pas nécessairement une partie « faible », lorsque, notamment, il s'agit d'un commerçant spécialisé dans un secteur commercial assez réglementé lui permettant de se renseigner sur les pratiques et les usages qui s'y appliquent.

388. – Même en admettant la possibilité de faire la distinction entre, d'une part, les clauses inhérentes et propres à l'économie du contrat de transport, (et pour cette raison « anodines »), et, d'autre part, les clauses « dangereuses », exigeant une acceptation

⁸⁷⁷ F. PETIT, *op. cit.*, p. 259.

⁸⁷⁸ J. GHESTIN, I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens, Rapport français », in CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS DE L'UNIVERSITE PARIS I et CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS DE L'UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN (coopér.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996, p. 1 (14).

spéciale afin de protéger les parties de leurs effets nuisibles, la clause d'arbitrage ne rentre pas dans la deuxième catégorie. La clause d'arbitrage n'est pas une clause qui favorise ou aggrave la position contractuelle des parties au contrat. Du point de vue de sa fonction, il s'agit de la clause qui détermine la méthode de résolution du litige né du contrat, sans déterminer en aucun cas le résultat du jugement arbitral. La clause compromissoire est considérée comme une clause faisant partie intégrante du contrat principal, en tant qu'accessoire du droit d'action qui accompagne le droit substantiel.

La Chambre civile de la Cour de cassation a affirmé qu'en matière de transmission de la clause compromissoire, il s'agissait d'une clause « *accessoire du droit d'action* » et transmise de façon automatique, lors de la cession du contrat principal⁸⁷⁹. Loin d'assimiler la transmission de la clause, lors de la cession du contrat, à l'obtention par le destinataire des droits contractuels⁸⁸⁰, il convient, en revanche, de souligner que ladite clause doit être traitée de manière uniforme du point de vue de sa nature juridique, au sein du même système juridique. Ainsi, lorsqu'elle est considérée comme « partie intégrante » à l'économie du contrat principal, le consentement du destinataire, au moment de son adhésion, devrait également suffire pour couvrir de manière automatique l'acceptation de cette clause⁸⁸¹. Or, la contradiction au sein même de la Cour de cassation attire l'attention. Selon la Chambre commerciale dans l'affaire *Stolt Osprey*, la clause d'arbitrage ne semble

⁸⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 5 janv. 1999 et 19 oct. 1999, *Rev. arb.* 2000, p. 85, note D. COHEN, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 536, note E. PATAUT, Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2001, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 522, note F. JAULT-SESEKE, Cass. civ. 2^e, 20 déc. 2001, *Rev. arb.* 2002, p. 379, note C. LEGROS, Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2002, *Rev. arb.* 2003, p. 397, note D. COHEN, *LPA* 2002, n° 241, p. 16, note C. LEGROS, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 758, note N. COIPEL-CORDONIER, Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2001, *Rev. arb.* 2001, p. 765, note D. COHEN, *JCP G* 2001, n° 28, II 10567, p. 1390, note C. LEGROS. V. aussi la doctrine soutenant cette position P. MAYER, « La circulation des conventions d'arbitrage », *JDI (Clunet)* 2005, p. 251, Th. CLAY, « L'efficacité de l'arbitrage », *LPA* 2003, n° 197, p. 4, Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2007, *JDI (Clunet)* 2007, n° 3, Comm. 18, p. 968, note C. LEGROS.

⁸⁸⁰ Il est intéressant de souligner que si le droit applicable au contrat de transport indique que le destinataire succède aux droits et obligations du chargeur, la clause de juridiction ou la clause compromissoire lui sont opposables par le simple fait de la succession à la position contractuelle et processuelle du chargeur (CJCE 19 juin 1984, *Tilly Russ*, *DMF* 1985, p. 83, obs. P. BONASSIES). Or, la jurisprudence française a statué qu'une telle disposition n'existe pas en droit français maritime, celui-ci considérant le destinataire comme cessionnaire des droits du chargeur. Donc, aucune clause ne lui est automatiquement opposable, faute de l'avoir acceptée au plus tard lors de la livraison (Cass. com. 4 mars 2003, *JCP G* 2004, n° 19, II 10071, p. 841, note A. SINAY-CYTERMANN, « Le sort des clauses attributives de juridiction insérées dans les connaissements ». Aussi sur le même arrêt, v. *RTD com.* 2003, p. 421, obs. Ph. DELEBECQUE, *RDC* 2003, p. 140, obs. Ph. DELEBECQUE, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 285, note P. LAGARDE, *JDI (Clunet)* 2004, p. 197, obs. A. HUET). Cette réflexion justifie pour autant la problématique qui sera traitée dans la Section II du présent Chapitre, à savoir, les conditions d'efficacité de la clause compromissoire lorsque le droit anglais (ou grec) est applicable au fond du litige, indiquant la succession du destinataire au contrat de transport. V. *infra* Section II.

⁸⁸¹ Partageant cet avis, la Chambre civile, statuant sur l'affaire *Bonastar II*, a accepté qu'en matière de transport maritime, les clauses attributives de compétence font « partie de l'économie du contrat » (Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 2001, *Navire Bonastar II*, *DMF* 2001, p. 994, note Ph. DELEBECQUE, *D.* 2001, n° 40, *Comm.*, p. 3246, obs. Ph. DELEBECQUE, *BTL* 2001, n° 2906, p. 605, *Gaz. Pal.* 2007, n° 347, p. 26, note M.-L. NIBOYET).

pas faire partie intégrante du contrat, et est soumise à des conditions particulières, à savoir une acceptation supplémentaire, voire spéciale, du destinataire⁸⁸².

L'ensemble du contrat est présumé être accepté au moment où le destinataire adhère au contrat. La clause compromissoire fait partie de l'économie du contrat et est, en effet, une clause naturelle et « accessoire » à cet effet, et non pas une clause exceptionnelle nécessitant le consentement spécial des parties⁸⁸³. Nous avons souvent mentionné que le principe d'autonomie de la clause n'est pas interprété de façon à réserver un traitement défavorable à la clause arbitrale⁸⁸⁴. Au contraire, le contenu de l'« autonomie » en la matière, assure la validité de la clause compromissoire en application de ses propres conditions, dégagées par les principes généraux de l'arbitrage international⁸⁸⁵ et indépendamment des conditions imposées pour les autres clauses contractuelles.

389. – Par ailleurs, le risque de voir le destinataire dissuadé d'exercer un recours en raison de son incapacité financière à lancer une procédure arbitrale pour protéger ses droits fondamentaux a également incité le juge à éradiquer, au nom de l'ordre public, une clause « dangereuse » privant le justiciable de son droit d'agir⁸⁸⁶. Or, la pratique et la réalité du

⁸⁸² A. MALAN, « Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime », *DMF* 2006, n° 666, p. 3 (4). En matière de la clause attributive de compétence, la Chambre commerciale a, à maintes reprises, adopté la position selon laquelle celle-ci ne concerne pas l'économie du contrat et elle lie le destinataire à condition de l'avoir spécialement acceptée (v. Cass. com., 16 janv. 1996, *Navire Chang Ping*, pourvoi n° 94-12542, *DMF* 1996, p. 393, obs. P. BONASSIES, Cass. com. 29 nov. 1994, *Navires Harmony et Nagasaki*, *DMF* 1994, p. 209, note P. BONASSIES, Cass. com., 8 déc. 1998, *Navire Silver Sky*, *DMF* 1999, p. 1007, obs. P.-Y. NICOLAS, Cass. com. 25 juin 2002, *DMF* 2003, p. 41, obs. Ph. DELEBECQUE, Cass. Com. 13 nov 2002, *DMF* 2003, p. 47, obs. F. D'HAUSSY, Cass. Com. 4 janv. 2005, *Bull. civ. IV*, n° 5, D. 2005, n° 3, A. J., p. 214, obs. E. CHEVRIER, *JCP G* 2005, n° 21, II 10067, p. 972, note C. LEGROS « Le consentement du destinataire au contrat interne de transport de marchandises ne s'étend pas à la clause attributive de compétence », *BTL* 2005, n° 3065, p. 40, obs M. TILCHE, *RDC* 2005, p. 756, obs. Ph. DELEBECQUE. La Chambre civile, en revanche, a affirmé que cette clause fait partie de l'économie du contrat, cf. Cass. 1^{ère} civ., 25 nov 1986, *Bull. civ. I*, n° 277, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 396, note H. GAUDEMET-TALLON, *RTD civ.* 1987, p. 547 (548), obs. J. MESTRE, *DMF* 1987, p. 706, Aix 28 oct. 1993, *Navire Chang Ping*, *DMF* 1994, p. 764 (768, se référant à une clause attributive de compétence), Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 2001, *Navire Bonastar II*, *DMF* 2001, p. 994, note Ph. DELEBECQUE, D. 2001, n° 40, *Somm.*, p. 3246, obs. Ph. DELEBECQUE, *BTL* 2001, n° 2906, p. 605, *Gaz. Pal.* 2007, n° 347, p. 26, note M.-L. NIBOYET. La Chambre commerciale l'a aussi prononcé : Cass. com 7 juill. 1992, n° 90-13720, inédit.

⁸⁸³ P. MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1998, p. 359 (361). V. aussi, *supra* n° 104 et suiv.

⁸⁸⁴ P. MAYER, « La circulation des conventions d'arbitrage », *JDI (Clunet)* 2005, p. 251 (254). V. *supra* n° 100 et suiv.

⁸⁸⁵ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 291. Le même principe de l'autonomie a été accordé aux clauses attributives de compétences par l'arrêt CJCE 3 juill. 1997, aff. C-269/95, *Francesco Benincasa c/ Dental Kit*, *JDI (Clunet)* 1998, p. 581, note J.-M. BISCHOFF, C. BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, LGDJ, Paris, 1998.

⁸⁸⁶ M. REMOND-GOUILLOU, « Des clauses de connaissements maritimes attribuant compétence à une juridiction étrangère : essai de démystification », *DMF* 1995, p. 339 (349). L'auteur souligne que cette clause déroge à la compétence du droit commun peut être considérée comme dangereuse non seulement dans le cas où la partie est obligée d'aller plaider trop loin mais aussi dans le cas où elle doit plaider à un for où le régime applicable au contrat de transport a pour conséquence de la soustraire à une loi impérative. Toutefois, comme nous l'avons relevé, en arbitrage international, les parties sont libres de choisir tant le siège de l'arbitrage que le droit applicable au fond du litige. Ainsi, le droit applicable

commerce international ont évolué depuis quelques années. L'arbitrage comme mode de résolution des conflits en matière commerciale est généralisé et unanimement accepté⁸⁸⁷. Aussi, une des caractéristiques importantes de l'arbitrage est sa souplesse, qui permet de mener la procédure arbitrale, soit physiquement depuis n'importe quel endroit du monde, soit à l'aide des télécommunications modernes sur le réseau électronique. L'évolution technologique permet aux tribunaux arbitraux de réaliser des vidéo-conférences, aussi bien lors des audiences de l'affaire que lors de leur délibération, et ce tout en maintenant le siège contractuellement choisi par les parties ou en application de la loi applicable en la matière. Cette souplesse et cette liberté dans la procédure arbitrale offertes aux parties du contrat de transport maritime facilitent plutôt qu'elles ne dissuadent l'exercice du droit d'action.

ii. Les conditions de l'incorporation issues des règles de l'arbitrage international

390. – Dans le cadre du transport maritime, même si la jurisprudence admet que le destinataire devient partie-adhérente au contrat, son silence n'a pas été suffisant pour prouver son acceptation de l'incorporation de la clause compromissoire. Une acceptation expresse est exigée et parfois une référence spécifique est également requise. Cependant, cette position n'est pas en conformité avec la règle matérielle de la Cour suprême française statuant sur les conditions de l'incorporation valable des clauses compromissoires par référence en matière d'arbitrage commercial international.

Nous avons souligné le fait que l'incorporation est soumise à la preuve du consentement réel des parties, autrement dit, la connaissance de la clause et l'acceptation de son incorporation dans leur contrat. Statuant en matière d'arbitrage international commercial, la Cour a énoncé que la connaissance des parties est présumée par le fait d'une référence,

n'est pas indiqué par les règles de conflit du siège de l'arbitrage. Au contraire, les arbitres, même à défaut d'un choix exprès des parties, peuvent, ou parfois doivent, appliquer le régime impératif issu des conventions internationales qui régissent le transport maritime et ont comme objectif de protéger contre tout abus des transporteurs maritimes. F. SPARKA, *Jurisdiction and arbitration clauses in maritime transport documents, A comparative analysis*, Springer, Berlin, 2010, p. 149. V. *infra* n° 140.

⁸⁸⁷ G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 68, avec un tableau démontrant l'augmentation du nombre d'affaires soumises à l'arbitrage sous l'égide de plusieurs institutions d'arbitrage, de 1993 jusqu'à 2007.

même générale, voire non-écrite, dans le contrat principal, tandis que son acceptation peut avoir lieu même tacitement, en l'absence de contestation des parties⁸⁸⁸.

391. – La preuve du « consentement » des parties est une question de pur fait, librement appréciée par les juges et les arbitres. La connaissance et l'acceptation de la clause par le destinataire requiert une recherche « au cœur de la relation commerciale ». Les juges et, notamment, les arbitres qui ne sont pas seulement des juristes mais aussi des spécialistes du secteur maritime, connaisseurs des pratiques et des usages, doivent prendre en considération « l'attitude prudente et avisée du réceptionnaire qui 'savait ou aurait dû savoir' »⁸⁸⁹. Ainsi, plusieurs moyens de preuve et d'éléments doivent être pris en compte afin de prouver le contenu de leur connaissance et de leur acceptation.

Dans le cas où les conditions du transport sont mentionnées sur un seul document, le destinataire est censé avoir pris connaissance de ces conditions en lisant le document, et il est réputé les avoir acceptées le moment de son adhésion⁸⁹⁰. L'adhésion du destinataire au contrat de transport maritime coïncide avec son acte d'acceptation de la marchandise lors de la livraison à l'endroit convenu. Selon les modalités du transport, la manifestation de cette acceptation, et conséquemment de l'« adhésion », a lieu avec l'« accomplissement » du connaissance, qui consiste en l'apposition de sa signature au verso de ce document lors de la réception de livraison des marchandises⁸⁹¹.

L'exigence d'acceptation spéciale suppose la distinction entre l'acceptation de la marchandise et l'acceptation de la clause avec deux actes distincts. Selon cette analyse, il semble que la jurisprudence exige, en réalité, un acte autonome pour exprimer le consentement du destinataire à la clause arbitrale⁸⁹².

⁸⁸⁸ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *op. cit.*, § n° 2529, p. 926. V. aussi *supra* n° 364.

⁸⁸⁹ F. ARRADON, « L'incorporation des clauses de charte-partie dans les connaissements », *DMF* 2004, p. 883 (888).

⁸⁹⁰ P. CHAUVEL, « Le consentement », *Rép.droit civil.*, Dalloz, 2007, § 166.

⁸⁹¹ Lorsque le connaissance est à ordre ou au porteur, le destinataire de la marchandise est le dernier endossataire. Dans le cas des connaissements nominatifs, la personne qui s'identifie à la personne dénommée sur le titre devient, à partir de ce moment, le destinataire de la marchandise et la troisième partie au contrat de transport. Cf. P. BONASSIES, *Droit maritime*, LGDJ, 2^e éd. 2010, p. 635.

⁸⁹² C. LEGROS, « Arbitrage et connaissance », *RD transp.* 2008, n° 9, p. 15 (20).

Toutefois, cette obligation paraît difficilement concevable dans la pratique des affaires maritimes⁸⁹³. Le connaissement passe de main en main, lorsque la cargaison est cédée plusieurs fois pendant le voyage du navire. Plusieurs opérateurs sont « successivement et provisoirement destinataires »⁸⁹⁴ et, il est pratiquement impossible d'exiger d'apposer leur signature à côté de la clause d'arbitrage ou même en marge de la référence qui renvoie au document la contenant⁸⁹⁵. Le seul acte de manifestation de la volonté du destinataire reste soit la réception de la marchandise, soit son refus de l'accepter, lorsque les conditions contractuelles ne sont pas respectées par le transporteur. Ainsi, exiger la manifestation séparée de sa volonté concernant une clause du contrat, auquel il adhère en recevant livraison, ne semble être en harmonie ni avec le droit positif ni avec la réalité commerciale. Se contenter d'une acceptation tacite, selon les circonstances de l'affaire, semble être la solution la mieux adaptée dans la pratique.

392. – Il convient également de souligner que le contrat de transport maritime est un contrat consensuel pour lequel aucune obligation de signature n'existe et aucun écrit n'est demandé pour la validité même du contrat. La preuve de l'acceptation des parties doit s'adapter au cas du contrat consensuel, à savoir un contrat formé par adhésion, notamment pour le destinataire⁸⁹⁶. Ainsi, les moyens de prouver le respect des conditions de la connaissance et de l'acceptation doivent être moins « formels ».

Étant donné le caractère consensuel du contrat de transport et l'absence d'une exigence d'écrit pour la validité de sa formation, la connaissance du contrat et de ses clauses par le destinataire peut être prouvée par plusieurs moyens. Lorsqu'une clause par référence figure dans le connaissement, il semble nécessaire de prendre connaissance du document la contenant afin de vérifier son contenu. La présomption de connaissance comme condition d'incorporation valable de la clause par référence n'est pas admise que lorsque la partie à laquelle on oppose la clause a pu y avoir accès et en prendre connaissance.

⁸⁹³ J.-L. GOUTAL, « La clause compromissoire dans les connaissements : la Cour de Cassation française et la Cour Suprême des États-Unis adoptent des solutions opposées », *Rev. arb.* 1996, p. 605 (612), Rouen, 16 nov. 1995, *Navire Fiona, DMF* 1997, p. 164 (166), obs. P.-Y. NICOLAS.

⁸⁹⁴ O. CACHARD, « La force obligatoire vis-à-vis du destinataire des clauses relatives à la compétence internationale stipulées dans les connaissements », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, 2008, Dalloz, p. 189 (202), où l'auteur soutient l'argument de la présomption d'acceptation comme le mécanisme le mieux adapté à la réalité du transport maritime.

⁸⁹⁵ Concernant l'apposition de la signature en marge de la clause, constituant preuve du consentement du destinataire, v. Rouen 9 août 2000, *Jurisdata* 2000-136173, *contra* Rouen 28 fév. 2002, *BTL* 2002, p. 356.

Ainsi, le destinataire, en tant qu'adhérent au contrat a le devoir de se renseigner sur l'ensemble des clauses du contrat, surtout sur celles qui se trouvent matériellement insérées dans un document séparé. Comme en matière d'arbitrage international commercial, la charte-partie doit être traitée en tant que document contractuel annexe au contrat de transport, auquel la référence renvoie. La possibilité d'avoir accès à son contenu est déterminante. Plusieurs sentences arbitrales en la matière attestent de l'importance d'examiner les éléments qui permettent d'identifier la charte-partie.

Toutefois, cette identification n'est pas toujours évidente. Des informations manquantes, des cases laissées en blanc par les émetteurs du connaissement et parfois le refus du transporteur de donner accès à l'intégralité du document de la charte-partie ne facilitent pas, voire, ne permettent pas, au destinataire de prendre connaissance des clauses incorporées, malgré ses efforts. C'est pour cette raison qu'en parallèle du devoir de se renseigner imposé au destinataire, il convient d'imposer au transporteur et au chargeur l'obligation de dévoiler le contenu de la charte-partie les liant. De cette façon, le destinataire sera en mesure de prendre connaissance des clauses incorporées au connaissement. Même si la pratique du commerce maritime et la rapidité des transactions rendent difficile, voire impossible, la prise en connaissance du destinataire au moment de son adhésion, ne serait-il pas utile, de lui accorder le droit d'exiger une telle information aux autres parties du contrat ?

Ce besoin a été également reconnu par les Règles de Rotterdam qui introduisent l'obligation d'informer le porteur du document de transport « en temps utile » de l'existence d'une clause compromissoire, ainsi que du siège convenu⁸⁹⁷. Les circonstances aptes à satisfaire cette obligation ne sont pas précisées dans le texte, mais les praticiens considèrent que cela peut arriver lorsque la clause d'arbitrage figure déjà dans le titre de

⁸⁹⁶ La suppression de l'obligation de signature du connaissement rend l'exigence d'une acceptation spécifique du destinataire « *contra legem* », cf. O. CACHARD, *op. cit.*, p. 189 (197).

⁸⁹⁷ Art. 75 § 4 R. Rotterdam : « *Lorsqu'une convention d'arbitrage a été conclue conformément au paragraphe 3 du présent article [selon les conditions imposées pour les contrats de volumes], une personne qui n'est pas partie au contrat de volume est liée par la désignation du lieu de l'arbitrage dans cette convention uniquement si: a) Le lieu de l'arbitrage désigné dans la convention correspond à l'un des lieux mentionnés à l'alinéa b du paragraphe 2 du présent article; b) La convention est contenue dans le document de transport ou le document électronique de transport; c) Cette personne est dûment avisée, en*

transport que le destinataire détient entre ses mains. Dans ces circonstances, la connaissance du destinataire est acquise et le fait qu'il ne se prononce pas à l'encontre d'une clause clairement mentionnée dans le document, est considéré comme une acceptation tacite.

Cependant, l'obligation d'informer le destinataire « en temps utile » peut également être respectée dans des circonstances différentes. Face à une référence générale à la charte-partie, le destinataire diligent doit prendre connaissance du contenu de la charte-partie, sinon, la présomption de sa connaissance doit être déduite. En l'espèce, l'obligation d'avertir le destinataire en temps utile incombe au transporteur ou au chargeur qui doivent dévoiler le contenu de la charte-partie, à la demande du destinataire.

Concernant les ventes de marchandises à distance, où les acheteurs doivent payer par lettre de crédit, avant même de recevoir le document de transport, une autre solution devrait être mise en place afin de prouver que le destinataire accepte d'être lié par la clause compromissoire du contrat. L'établissement bancaire devrait envoyer un avertissement lors de l'émission de la lettre de crédit adressée à l'acheteur. Ainsi, un acheteur qui ne souhaite pas être lié par une telle clause n'aurait qu'à contester la validité du document de transport la contenant, au moment, soit du paiement de la lettre de crédit, soit de la conclusion du contrat de vente maritime, soit de la signature de tout autre document nécessaire à la réalisation de la vente⁸⁹⁸.

393. – Tous ces arguments avancés par la doctrine n'ont pas tardé à produire un changement dans le raisonnement des juges étatiques. Le revirement de la jurisprudence s'est produit lors d'une décision rendue le 14 octobre 1997 par la Cour d'appel de Rouen, ayant adopté la solution ci-dessous relative à l'interprétation du comportement du destinataire⁸⁹⁹. Selon l'arrêt, le destinataire « [e]st considérée comme ayant accepté une clause compromissoire et est liée par elle la société qui, bien que n'ayant pas signé la charte-partie la contenant, s'est vu transmettre celle-ci et l'a expressément acceptée en

temps utile, du lieu de l'arbitrage; et d) La loi applicable prévoit que cette personne peut être liée par la convention d'arbitrage. »

⁸⁹⁸ C'est ainsi que les Règles de Rotterdam ont été interprétées. V. Al. ZIEGLER, J. SCHELIN, S. ZUNARELLI, (Ed.), *The Rotterdam Rules 2008*, New York, Kluwer Law International, 2010, p. 327 (328).

donnant ordre à sa banque de payer; [...] ». La Cour d'appel n'a pas manqué de préciser que l'acceptation a eu lieu au moment de l'adhésion du destinataire au contrat, à savoir au moment de la livraison des marchandises⁹⁰⁰. En conséquence, la fusion des actes permettant d'établir l'adhésion au contrat, l'acceptation de la clause ainsi que la réception des marchandises est restaurée. La présomption de la connaissance du destinataire est également établie en l'absence de sa manifestation contraire. Il semble donc que les conditions de l'arbitrage international gagnent du terrain en matière d'arbitrage maritime des marchandises.

§2. La suffisance d'une acceptation « tacite »

394. – Même si les juges français ont essayé d'harmoniser la solution concernant les conditions d'incorporation valable de la clause compromissoire dans les contrats de transport maritime (A), une analyse attentive du raisonnement judiciaire démontre les limites de cette nouvelle position jurisprudentielle (B).

A. L'harmonisation de la jurisprudence française

395. – Dans un arrêt de la Cour d'appel de Rouen, du 8 octobre 2002⁹⁰¹, l'accent était mis sur la qualité du destinataire comme partie au contrat et ensuite sur les conditions de validité de la clause par référence. Le raisonnement retenu par l'arrêt permet de déduire que le destinataire est lié par la clause d'arbitrage, puisqu'il a pris connaissance de celle-ci et l'a acceptée. En l'espèce, l'échange de documents contractuels (parmi lesquels figurent des connaissements stipulant expressément la clause d'arbitrage) a permis d'établir la présomption de connaissance du destinataire. L'acceptation était présumée tant par l'absence de protestation de sa part que par le fait qu'il avait donné à la banque l'ordre de procéder au paiement⁹⁰².

⁸⁹⁹ Rouen (1^{ère} et 2^{ème} Ch. civiles), 14 oct. 1997, *Rev. arb.* 1998, p. 569.

⁹⁰⁰ Le même arrêt: « [...] ; en outre, les opérations de déchargement n'étant pas terminées au moment de la manifestation expresse de l'acceptation des conditions de la charte-partie, il s'en déduit que cette acceptation a eu lieu au moment de la réception de la livraison, quand il y a eu adhésion au contrat de transport. »

⁹⁰¹ Rouen, 8 oct. 2002, *Navire Walka Mlodych*, *Rev. arb.* 2003, p. 1341 (1353), note C. LEGROS, *DMF* 2003, p. 547, obs. Y. TASSEL.

Il ressort de l'arrêt que l'obligation d'une acceptation spéciale du destinataire n'a pas été abandonnée. Cependant, les circonstances de l'affaire permettent de présumer que le destinataire avait pris connaissance de l'existence de la clause et l'avait acceptée sans protestation. Il avait adhéré au contrat et avait implicitement manifesté sa volonté d'accepter la clause d'arbitrage, par le seul fait de donner l'ordre à la banque de payer, même avant d'avoir accepté la livraison de la marchandise.

A la lumière de cette analyse, l'exigence d'une acceptation « spéciale », mentionnée au début du raisonnement juridique peut être interprétée différemment : cette condition ne signifie pas une acceptation manifestée de manière « expresse » ou « spéciale » par le destinataire, mais, il s'agit, surtout, de l'exigence de rechercher la volonté du destinataire. Sa volonté se distingue, désormais, clairement, de celle du chargeur. Le destinataire est considéré comme une partie indépendante et autonome, en l'espèce en tant que troisième partie au contrat de transport⁹⁰³. Son engagement par la clause compromissoire est soumis à l'application des conditions de validité établies par la jurisprudence pour les parties au contrat, à savoir à la preuve de son consentement.

Le destinataire considéré comme une partie au dit contrat est lié conformément aux conditions de validité de la clause arbitrale par référence, telles qu'elles sont déduites par la règle matérielle de l'arbitrage international. Cette solution semble être juridiquement fondée, contrairement à l'exigence d'une acceptation spéciale par tous les destinataires et porteurs du connaissement. La nouvelle approche constitue une évolution vers un assouplissement de la jurisprudence en ce qui concerne la validité des clauses compromissoires dans la matière du transport maritime⁹⁰⁴.

⁹⁰² Rouen, 8 oct. 2002 : « Celle-ci [la société du destinataire] n'a émis aucune réserve à la réception de ces documents et elle a donné ordre à sa banque de payer avant de prendre livraison de la marchandise, manifestant ainsi sa connaissance et son acceptation de la clause compromissoire figurant aux connaissements et qui lui est donc également opposable. »

⁹⁰³ La théorie tripartite du contrat de transport maritime a été exposée dans la Première Partie de l'étude. V. *supra* n° 74. A titre indicatif, v. A. MALAN, « Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime », *DMF* 2006, n° 666, p. 3 (6), P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010, p. 634, § 931.

⁹⁰⁴ Rouen, 8 oct. 2002, *Navire Walka Mlodych*, *Rev. arb.* 2003, p. 1341, note C. LEGROS (spécialement p. 1353), *DMF* 2003, p. 547, obs. Y. TASSEL.

396. – La suite jurisprudentielle a été entreprise par la Chambre civile de la Cour de cassation. Dans l'affaire *Lindos*⁹⁰⁵, la Cour énonce que lorsque les conditions d'incorporation par référence sont satisfaites⁹⁰⁶, la clause est opposable au destinataire et ses assureurs, puisqu'« *il est habituel qu'une clause d'arbitrage international soit insérée dans un contrat de transport maritime international* ». L'acceptation tacite de la clause par le destinataire est donc le résultat de l'existence d'« usages » commerciaux⁹⁰⁷.

Toutefois, les conditions d'incorporation précitées supposent l'existence d'une référence à la clause d'arbitrage par référence. En effet, la Cour d'appel, dont l'argumentation est reprise et affirmée par la Cour de cassation, avait constaté que tous les connaissements se référaient à la charte-partie dont les dispositions permettaient de déterminer tant le droit applicable que le siège de l'arbitrage, et que les destinataires pouvaient prendre connaissance de la clause « *dès le déchargement et les expertises contradictoires [...]* ». La lecture de l'arrêt de la Cour de cassation ne nous permet pas de conclure avec certitude s'il s'agissait d'une référence spécifique ou générale (permettant cependant l'identification de la charte-partie). Un commentaire d'arrêt dévoile que la Cour d'appel avait dans un premier temps constaté l'existence de certains connaissements portant une mention spécifique (à savoir « *Arbitration/London* »), et d'autres qui contenaient une clause par référence classique (à savoir « *all terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, are herewith incorporated* »⁹⁰⁸). Toutefois, ce point n'a pas été repris devant la Cour de cassation.

La position de la Chambre civile, en rupture manifeste avec les solutions antérieures retenues par la Chambre commerciale de la Cour de cassation concernant la condition de

⁹⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Navire Lindos*, DMF 2006, p. 16, note P. BONASSIES, *Rev. arb.* 2006, n° 2, p. 438, note O. CACHARD, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 607, F. JAULT-SESEKE, *JCP* 2006, II, 10046, note C. HUMANN, « Opposabilité de la clause compromissoire dans un connaissement de charte-partie au destinataire », *JDI (Clunet)* 2006, p. 622, note C. LEGROS, *BTL* 2005, n° 3108, p. 803, *RTD com.* 2006, p. 251, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁹⁰⁶ L'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, précité considère que « [...] *les connaissements émis sous couvert d'une charte-partie au voyage à laquelle ils se réfèrent expressément permettent de déterminer le pays, la ville, la procédure de désignation et le droit applicable concernant l'arbitrage, ensuite que les destinataires ont pu avoir connaissance de la clause dès le déchargement et les expertises contradictoires, enfin, que les assureurs subrogés ne peuvent se prévaloir de l'inopposabilité de la clause à leur égard en l'absence de consentement exprès dès lors qu'il est habituel qu'une clause d'arbitrage international soit insérée dans un contrat de transport maritime international; [...].* »

⁹⁰⁷ C. HUMANN, « Opposabilité de la clause compromissoire dans un connaissement de charte-partie au destinataire », note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ. 22 nov. 2005, *Navire Lindos*, *JCP* 2006, II, 10046, p. 620 (621).

⁹⁰⁸ P. BONASSIES, note sous l'arrêt en question, *DMF* 2006, p. 17 (18, notamment note de bas de page -2- où l'auteur désigne comme source de cette information le conseil d'une des parties en litige).

l'acceptation spécifique du destinataire⁹⁰⁹, a été suivie par la jurisprudence postérieure. La même Chambre a confirmé sa position à l'occasion d'un autre arrêt, en constatant qu'une mention dans le connaissement à une charte-partie bien précisée par sa date était suffisante pour incorporer la clause d'arbitrage au connaissement. La clause considérée comme faisant partie intégrante du contrat n'a pas été jugée « manifestement nulle » de sorte à justifier la compétence du juge étatique de se prononcer *prima facie*⁹¹⁰. De la même façon, la Cour d'appel de Montpellier statuant sur l'opposabilité de la clause d'arbitrage au destinataire s'était conformée aux considérations de l'affaire *Lindos*, par lesquelles est désormais abandonnée l'exigence d'une acceptation spéciale de la clause compromissoire au plus tard au jour de la livraison⁹¹¹.

397. – En 2006, la Chambre commerciale de la Cour de cassation est revenue sur sa position face à la question de l'engagement du destinataire par une clause compromissoire par référence à la charte-partie⁹¹². Dans cette affaire, la Chambre commerciale a déclaré pour la première fois que la clause d'arbitrage par référence n'est pas manifestement nulle à l'égard de l'assureur subrogé dans les droits du destinataire. Elle applique donc le principe de compétence-compétence et renvoie les parties devant le tribunal arbitral afin de se prononcer sur sa propre compétence. La Chambre commerciale semble harmoniser sa position avec celle de la Chambre civile, du moins en ce qui concerne le résultat de son raisonnement juridique.

⁹⁰⁹ Cass. com. 29 nov. 1994, *Navire Stolt Osprey*, DMF 1995, p. 218, note Y. TASSEL.

⁹¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 2006, *Navire Turicia*, n° 05-18681, Bull. civ. 2006, I, n° 365, p. 313 « [...] puisque les clauses de la charte-partie sont opposables aux détenteurs successifs du connaissement comme en faisant partie intégrante et enfin que les assureurs n'apportent pas la preuve de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage ; que la cour d'appel en a exactement déduit que le tribunal de commerce de Bordeaux était incompétent pour connaître de la demande dès lors qu'il appartient à l'arbitre de statuer, par priorité, sous le contrôle du juge de l'annulation, sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage. » L'arrêt a confirmé la décision de la Cour d'appel de Bordeaux, du 20 juin 2005. A cet égard, O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 2006, p. 893.

⁹¹¹ S. SANA-CHAILLE DE NERE, « Clause compromissoire : la fin justifie les moyens », obs. sur Montpellier, 15 mai 2007, *Navire Stella Prima*, DMF 2007, p. 783. L'évolution de la jurisprudence en matière de l'efficacité de la convention attributive de juridiction a été aussi constatée à l'occasion des arrêts Cass., 1^{ère} civ., 16 déc. 2008 et Cass. com., 16 déc. 2008, D. 2009, p. 89, obs. X. DELPECH, DMF 2009, p. 124, rapp. A. POTOCKI et note Ph. DELEBECQUE, *Rev. dr. transp.* 2009, comm. 26, obs. M. NDENDE, JCP G 2009, II, 10060, note H. KENFACK. Dans cet affaire, la Cour de cassation s'est conformée à la jurisprudence européenne, admettant qu' : « une clause attributive de juridiction convenue entre un transporteur et un chargeur et insérée dans un connaissement, produit ses effets à l'égard du tiers porteur du connaissement pour autant que, en l'acquérant, il ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable ; que dans le cas contraire, il convient de vérifier son consentement à la clause, au regard des exigences de l'article 23 du règlement susvisé ». Pour une analyse intéressante, v. J.-B. RACINE, « L'efficacité des clauses attributives des juridictions stipulées dans un connaissement à l'égard du destinataire des marchandises : la Cour de cassation s'aligne sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *RDC* 2009, n° 3, p. 1193.

⁹¹² Cass. com., 21 fév. 2006, *Navire Pella*, JDI (CLunet) 2006, p. 622, note C. LEGROS, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 606, F. JAULT-SESEKE, *BTL* 2006, n° 3119, p. 147, *Rev. arb.* 2006, p. 943, DMF 2006, p. 379, obs. Ph. DELEBECQUE, DMF 2006, Hors Série, n°10, p. 17 (18, 19), obs. P. BONASSIES.

Soulignons également qu'en l'espèce, la clause compromissoire était « *stipulée dans la charte-partie et mentionnée au connaissement* ». Nous verrons encore une fois que la présomption de connaissance ne s'appuie pas sur une référence générale, mais, au contraire, sur une stipulation écrite sur le connaissement. Toutefois, dans ce cas aussi, le débat porte sur la présomption de l'acceptation de la clause par le destinataire, sauf que cette fois, la Cour fait jouer un autre argument et donne une nouvelle perspective au débat, celle de la « nullité manifeste » de la clause d'arbitrage capable de justifier l'incompétence du juge étatique.

Nous avons déjà évoqué l'ampleur de l'application de ce principe ainsi que le contrôle *prima facie* du juge étatique effectué sur la clause d'arbitrage⁹¹³. Conformément aux principes de l'arbitrage international, la Cour de cassation, statuant avant la constitution du tribunal arbitral, ne se prononce pas définitivement sur l'engagement du destinataire par la clause arbitrale par référence. Elle se dessaisit puisque cette décision appartient, dans un premier temps, aux arbitres. La Cour suprême ne peut être compétente pour se prononcer définitivement sur la question que dans un deuxième temps, lors d'un recours en annulation ou d'une demande d'exécution d'une sentence éventuellement rendue.

B. Les limites de l'harmonisation jurisprudentielle

398. – Nonobstant l'intérêt manifeste à prononcer la validité de la clause arbitrale par référence à la charte-partie, conformément aux critères posés par la règle matérielle du droit commun de l'arbitrage, la nouvelle position de la Cour de cassation suscitent deux observations importantes.

D'une part, la solution prononcée ne répond pas clairement à la question concernant la position contractuelle du destinataire dans le contrat du transport, afin de déterminer les critères applicables à l'efficacité de la clause arbitrale envers lui⁹¹⁴. La

⁹¹³ V. *supra* n° 124 et suiv.

⁹¹⁴ La jurisprudence en matière des clauses attributives de juridiction ne répond non plus à la question de la qualité contractuelle du destinataire dans le contrat. A cet égard, v. J.-B. RACINE, « L'efficacité des clauses attributives des juridictions stipulées dans un connaissement à l'égard du destinataire des marchandises : la Cour de cassation s'aligne sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *RDC* 2009, n° 3, p. 1193 (1202).

phrase « *au moment de son adhésion* » reprise à plusieurs arrêts commentés, ne s'accompagne d'aucune autre explication sur le mécanisme évoqué en l'espèce. Nous ne pourrions que supposer que le destinataire est considéré comme une partie-adhérente au contrat et que son engagement est soumis aux conditions de validité de la clause par référence, telles qu'elles sont applicables aux parties.

D'autre part, dans l'affaire *Lindos*, la Cour déduit la présomption de connaissance du destinataire relativement à l'existence de la clause d'arbitrage, par le fait qu'il est « habituel » de rencontrer ce type de clauses dans les contrats de transport maritime. Ainsi, le destinataire est présumé avoir été informé de celle-ci, et son acceptation même tacite, par son silence, suffit pour qu'il se voie lié par ladite clause⁹¹⁵. Les praticiens des opérations maritimes ont contesté cette solution, avançant l'argument que cette « habitude » présumée par la Cour n'existe pas dans les contrats de transport maritime⁹¹⁶. En effet, même si dans la pratique du commerce international, l'arbitrage reste la méthode normale de résolution des conflits, comme dans les contrats d'affrètement, c'est moins le cas dans les contrats de transport maritime de lignes régulières, traditionnellement enclins à reconnaître des clauses de juridiction⁹¹⁷.

399. – Néanmoins, à notre avis, cet argument ne devrait pas empêcher la Cour de dégager la présomption de la connaissance et de l'acceptation du destinataire. Le connaissement de charte-partie émis en l'espèce était un connaissement *Congenbill*⁹¹⁸ largement utilisé en pratique et qui renvoie à la charte-partie *Gencon*⁹¹⁹. Le destinataire avait reçu, en temps utile, les connaissements qui contenaient la référence expresse à la clause d'arbitrage de la charte-partie⁹²⁰.

⁹¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Navire Lindos*, *DMF* 2006, p. 16, note P. BONASSIES, *Rev. arb.* 2006, n° 2, p. 438, note O. CACHARD, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 607, F. JAULT-SESEKE, *JCP* 2006, II, 10046, note C. HUMANN, « Opposabilité de la clause compromissoire dans un connaissement de charte-partie au destinataire », *JDI (Clunet)* 2006, p. 622, note C. LEGROS, *BTL* 2005, n° 3108, p. 803, *RTD com.* 2006 p. 251, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁹¹⁶ Ph. DELEBECQUE, note sous l'arrêt précité, *RTD com.* 2006 p. 251.

⁹¹⁷ O. CACHARD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Rev. arb.* 2006, n° 2, p. 438 (441), P. BONASSIES, note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *DMF* 2006, p. 16 (19).

⁹¹⁸ V. *supra* n° 41.

⁹¹⁹ https://www.bimco.org/Chartering/~link.aspx?_id=34DC41FD0C5A4DCD97F7903A81A3A6FF&_z=z

⁹²⁰ O. CACHARD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Rev. arb.* 2006, n° 2, p. 438 (443). Cette position a été critiquée par P. BONASSIES [note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *DMF* 2006, p. 16 (19)] et F. JAULT-SESEKE [note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 607 (618)].

En application du droit commun de l'arbitrage et des conditions confortées par la jurisprudence *Bomar Oil II* et *Prodexport*, la Cour aurait dû se fonder sur l'existence d'une référence écrite et spécifique sur le connaissance afin de déduire que le destinataire était censé avoir pris connaissance de toutes les clauses du contrat. Ainsi, « recourir » aux usages de cette activité commerciale n'aurait pas été nécessaire afin d'admettre la présomption de connaissance de la clause par le destinataire⁹²¹.

Une fois la présomption de la connaissance de la clause d'arbitrage affirmée, la Cour déduit l'acceptation du destinataire par son silence et son abstention de la contester. Se fonder sur l'acceptation tacite du destinataire semble être une solution en cohérence avec la jurisprudence du droit commun de l'arbitrage international.

En l'espèce, la Chambre civile valide la décision de la Cour d'appel qui avait renvoyé les parties à mieux se pourvoir devant le tribunal arbitral. Or, la Cour étant saisie préalablement à la constitution du tribunal arbitral, seul lui appartenait le pouvoir de se prononcer sur la nullité manifeste de la clause compromissoire, afin de donner la priorité au tribunal de se prononcer sur sa compétence⁹²². En déterminant que la clause est valable, en l'espèce, selon les critères retenus des « usages » et de « l'acceptation tacite » du destinataire, la Chambre civile semble donner une réponse définitive quant à la validité d'une clause compromissoire liant le destinataire des marchandises. Même si le raisonnement supplémentaire n'était pas indispensable à ce stade de la procédure, il reste, cependant, fort utile pour les analyses doctrinales et pour la jurisprudence à suivre, puisqu'il dévoile la direction adoptée par la Chambre civile sur le sujet en question.

400. – En ce qui concerne la Chambre commerciale, elle ne rentre pas dans l'argumentation concernant la validité de la clause arbitrale pour le destinataire. Cela se justifie à notre avis en application de l'effet négatif du principe de compétence-compétence qui limite le contrôle du juge sur la « nullité manifeste » de la clause⁹²³. Le juge s'est abstenu d'effectuer une analyse approfondie sur les conditions de l'engagement du destinataire.

⁹²¹ O. CACHARD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Rev. arb.* 2006, n° 2, p. 438 (443).

⁹²² Ces sont les arbitres et les juges saisis lors d'un recours en annulation ou d'une demande d'exécution de la sentence qui sont compétents pour se prononcer sur les conditions de validité.

Ce faisant, la Chambre commerciale renvoie les parties devant les arbitres, seuls compétents à statuer sur l'engagement du destinataire par la clause. Toutefois, le juge étatique aura toujours le dernier mot, au moment du contrôle de la sentence arbitrale, lors d'un recours en annulation ou d'une demande d'exequatur. Dans l'hypothèse où la Chambre civile serait saisie, on pourrait prévoir l'argumentation applicable en la matière. Cependant, la question demeure sur le raisonnement de la Chambre commerciale et sa volonté de s'aligner sur la Chambre civile ou de reprendre sa motivation antérieure.

§3. Les sentences rendues au sein de la Chambre arbitrale maritime de Paris

401. – Les positions adoptées sur le sujet en question par les tribunaux arbitraux qui siègent en France ne font pas l'unanimité. Une recherche effectuée à titre indicatif sur les sentences arbitrales rendues au sein de la Chambre arbitrale maritime de Paris (ci-après « CAMP ») démontre que les solutions adoptées divisent les arbitres⁹²⁴. En effet, ces derniers sont toujours partagés quant à la présomption de la connaissance du destinataire fondée sur l'existence d'une référence expresse ou d'une référence générale. L'acceptation du destinataire de la clause compromissoire ne semble pas poser de difficultés aux arbitres qui la déduisent tacitement par leur comportement dans son ensemble.

402. – Une sentence CAMP, rendue en 2000, a adopté la solution conforme aux conditions de la validité des clauses d'arbitrage par référence, en matière de l'arbitrage international⁹²⁵. En l'espèce, il a été décidé qu'une référence générale aux conditions et termes de la charte-partie était suffisante pour l'incorporation valable de la clause compromissoire et son opposition au destinataire. Toutefois, cela n'est possible que lorsque la charte-partie est concrètement identifiée⁹²⁶. Selon le

⁹²³ O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 2006, p. 893 (896).

⁹²⁴ Pour rappel, l'article 1 du règlement de la CAMP, adopté en 2012, prévoit que la compétence de la Chambre est retenue lorsqu'« une convention d'arbitrage intervenant avant ou après la naissance du litige, incluse dans un ou plusieurs contrats ou distincte de celui-ci ou de ceux-ci ». A notre sens, la lettre de cette disposition est assez large permettant d'accepter la validité d'une convention d'arbitrage effectuée par une référence, aussi bien spécifique que générale.

⁹²⁵ Sentence 1038 du 15 juin 2000, *DMF* 2001, n° 611, p. 51.

⁹²⁶ Sentence précitée : « *Quant un connaissance fait référence explicite à la charte-partie et que celle-ci s'y est trouvée incorporée par la formule « all terms and conditions liberties and exceptions of the charterparty dated as overleaf are*

raisonnement des arbitres, l'exigence d'une référence spécifique ne vaut que « [...] dans le cas où cette clause compromissoire serait opposée au tiers-porteur du connaissance, qui pourrait ne pas avoir pleine connaissance de ladite clause. » Or, l'identification de la charte-partie enlève toute ambiguïté sur la connaissance acquise par le destinataire⁹²⁷.

Le tribunal a appliqué le droit français, « étant celui de la procédure ainsi que celui du Demandeur principal ». Ainsi, ce n'est que le droit français qui « [...] retirera les questions de recevabilité comme de fond de cet arbitrage ». Le fait que le siège de l'arbitrage était en France a probablement constitué un élément crucial dans la décision des arbitres de privilégier l'application du droit français à la validité de la clause compromissoire. Le raisonnement du tribunal concernant le choix du droit applicable à la validité de la clause d'arbitrage est discutable⁹²⁸. Toutefois, nous ne pouvons qu'approuver la solution finalement adoptée concernant la validité de la clause, car elle est en conformité avec le droit français, à savoir les conditions imposées dans le cadre de l'arbitrage international.

Dans la même logique, une sentence rendue en 2006 a retenu la compétence du tribunal dans la mesure où le renvoi figurant aux connaissements était exprimé à la fois dans une clause additionnelle de la charte et au recto des connaissements⁹²⁹. Par ailleurs, le tribunal a justifié sa position favorable à l'opposabilité de la clause au destinataire en se fondant également sur les liens étroits existant entre ce dernier et l'affréteur (chargeur).

403. – Toutefois, cette jurisprudence ne fait pas l'unanimité au sein des tribunaux arbitraux de la CAMP. Ainsi, une référence générale à la charte-partie n'a pas toujours été suffisante pour engager le destinataire. Même après la sentence précitée

herewith incorporated » (formule utilisée dans le CONGENBILL 1978, moins explicite que celle du CONGENBILL 1994 qui y ajoute « including the law and arbitration clause »), il y a lieu de considérer que la clause de la C/P attribuant compétence à la Chambre Arbitrale Maritime se trouve par là même incorporée au connaissance. »

⁹²⁷ Le tribunal a repris l'attendu de la Sentence de la Chambre 653 du 8 avril 1987, confirmée par la suite et en dernier lieu le 22 juin 1998 (Sentence 986). Il convient aussi de mentionner que le droit applicable au contrat et à la procédure arbitrale était le droit français.

⁹²⁸ V. *supra*, Titre II, Première Partie, n° 107.

⁹²⁹ Sentence 1129 du 10 mai 2006, DMF 2007, p. 621.

de 2000, un tribunal arbitral appliquant le Règlement de la Chambre arbitrale maritime de Paris, a affirmé que sa compétence n'était retenue que si l'acceptation spécifique du destinataire était prouvée⁹³⁰. En l'espèce, un connaissement *Congenbill* comportait une référence générale selon laquelle tous les termes et les conditions de la charte étaient incorporés au connaissement. Le tribunal a rappelé que ce problème avait déjà été clairement tranché, tant par les tribunaux étatiques que par la jurisprudence de la Chambre. Il a conclu que « *le porteur de bonne foi d'un connaissement émis dans le cadre d'un affrètement au voyage ne peut se voir opposer une clause de la charte-partie qui ne s'y trouve pas reproduite et qui n'a pas fait l'objet d'une acceptation certaine de sa part* ». La demande à l'encontre du destinataire a été rejetée lorsque sa connaissance de la clause compromissaire n'était pas établie⁹³¹.

En effet, à l'exception de quelques sentences, la majorité des sentences arbitrales rendues dans le cadre de la saisine de la CAMP a toujours exigé une référence spécifique⁹³². Les arbitres ne se limitent pas à constater la reproduction de la clause d'arbitrage dans le corps du connaissement, mais invoquent également d'autres indices qui prouvent la connaissance effective des opérateurs ainsi que leur acceptation spéciale.

A plusieurs reprises, la signature du capitaine ou même d'un agent agissant au nom du fréteur du navire ou de l'armateur transporteur a constitué un indice supplémentaire à la référence spécifique. Dans ce contexte, les arbitres soulèvent la référence spécifique à la charte-partie, ainsi que la signature de l'agent du transporteur ou du capitaine, faite au nom du transporteur, afin de fonder la

⁹³⁰ Sentence 1044 du 16 janv. 2001, *DMF* 2001, p. 518.

⁹³¹ Le résumé de la sentence publiée par la CAMP ne fait pas allusion au critère employé par le tribunal afin de déterminer le droit français en tant que droit applicable à la validité de la clause d'arbitrage. Le litige concernait la réclamation du fréteur à l'encontre de l'affréteur, du paiement des frais d'immobilisation. Ce dernier soutenait que les frais devaient être supportés par le réceptionnaire à qui la charte-partie était opposable. C'est ainsi que le destinataire a été mis en cause et, dans un premier lieu, la question de son engagement par la clause compromissaire a été soulevée. Nous pourrions éventuellement déduire que la charte contenait une clause du droit applicable ou même supposer que les arbitres ont choisi le droit du siège de l'arbitrage afin de régir la validité de la clause par référence. Dans tous les cas, la méthode de la détermination du droit applicable à la clause d'arbitrage ne semble pas être pleinement respectée.

⁹³² Sentences CAMP 1168 du 21 déc. 2009 (*DMF* 2011, p. 69), 1123 du 27 déc. 2005 (*DMF* 2007, p. 447), Sentence 1028 du 8 mars 2000 (*DMF* 2000, p. 1030), 973 du 24 nov. 1997 (*DMF* 1998, p. 710), 1134 du 28 déc. 2006 (*DMF* 2008, p. 359), 1044 du 16 janv. 2001 (*DMF* 2001, p. 518), 895 du 2 nov. 1994 (*DMF* 1995, p. 391).

présomption de connaissance de sa part et conséquemment de son engagement par la clause compromissoire⁹³³.

404. – Notre attention est également attirée par le fait que les arbitres se préoccupent toujours de la possibilité pour le destinataire ou le tiers porteurs du connaissement d'identifier la charte-partie à laquelle le connaissement renvoie. Lorsque la clause renvoie à la charte-partie par une référence générale, la mention de la date du document est suffisante pour pouvoir l'identifier⁹³⁴. Il s'agit de l'argument déterminant pour la constitution de la « présomption de connaissance » des opérateurs. Au contraire, la preuve de la « connaissance effective » du contenu de la charte-partie est rarement exigée.

Toutefois, la rigueur avec laquelle les arbitres exigent la possibilité pour le destinataire d'identifier la charte-partie n'est pas absolue. Lorsqu'une référence spécifique à la clause d'arbitrage est incluse dans le corps du connaissement, l'exigence de l'identification de la charte-partie pourrait être écartée. Ainsi, le destinataire étant informé de la méthode de résolution du litige, par cette référence expresse, il reste à identifier l'opérateur qui organise le transport des marchandises. C'est à partir de cette question que l'intérêt de pouvoir identifier la charte-partie subsiste en l'espèce. Dans ce cadre, les arbitres invitent les porteurs d'un connaissement sans en-tête (les privant de l'information sur l'identité du transporteur) de se baser sur d'autres indications figurant sur ce document, « ainsi que sur tout autre élément dont [ils ont] eu connaissance »⁹³⁵.

Par ailleurs, il est admis que même si la charte-partie n'est pas annexée aux connaissements, « [...] *les porteurs de ces derniers ou leur assureur subrogé [peuvent] parfaitement, s'ils y trouvent avantage, invoquer les dispositions de cette charte* »⁹³⁶. Les opérateurs réalisant le transport ne peuvent prétendre que ces termes leur sont étrangers et donc inopposables puisque, « [...] *d'une part, ils sont censés les connaître [...] et, d'autre*

⁹³³ V. les Sentences CAMP : 1045 du 31 janv. 2001 (DMF 2001, p. 519), 1132 du 3 oct. 2006, second degré, (DMF 2008, p. 357).

⁹³⁴ Sentence CAMP 1045 du 31 janv. 2001, DMF 2001, p. 519.

⁹³⁵ Sentence CAMP 1134 du 28 déc. 2006 (DMF 2008, p. 359) : En l'espèce, deux charte-parties étaient produites au débat. Toutefois, il n'y avait pas d'indices permettant de déduire la charte-partie à laquelle les connaissements renvoyaient, afin d'identifier le transporteur. Pour identifier la C/P à laquelle le connaissement renvoyait, le Tribunal a pris en compte les circonstances suivantes : le nom du navire (le nom du navire mentionné dans les connaissements correspondait au nom du navire qui figurait dans l'une des charte-parties), l'armateur disposant, l'affrètement, le laycan au chargement, l'itinéraire du voyage, le taux et le montant du fret.

⁹³⁶ Sentence 973 du 24 nov. 1997, DMF 1998, p. 710.

part, ils les ont juridiquement acceptés ». Le tribunal statuant ainsi a également mentionné la jurisprudence *Dalico* et *Bomar Oil II*. Il convient de préciser qu'en l'espèce, la référence avait un caractère général, renvoyant aux conditions et aux termes de la charte-partie, sans reproduire la clause d'arbitrage.

Dans une autre sentence CAMP, le tribunal avait là encore constaté que les connaissements produits ne renvoyaient à aucune charte-partie ; la case située en bas à gauche des connaissements étant vierge de toute indication⁹³⁷. Le fait que le transporteur était aussi le sous-fréteur au voyage selon la charte-partie en vertu de laquelle les connaissements ont été émis, suffisait pour déduire sa connaissance et son acceptation d'être lié à l'égard du porteur des connaissements en question.

405. – La jurisprudence arbitrale ne semble pas suivre une ligne constante par rapport aux conditions de l'efficacité de la clause d'arbitrage à l'égard du destinataire des marchandises et porteur du connaissement. En effet, l'harmonisation apparente des solutions adoptées par la jurisprudence étatique en la matière n'a fait que déplacer, à juste titre, le dilemme devant les tribunaux arbitraux qui eux-mêmes sont à la recherche de critères solides pour répondre à la question. Cependant, l'adoption de solutions différentes au sein des tribunaux arbitraux témoigne de la complexité du sujet ainsi que des différentes conceptions de la nature de la clause d'arbitrage et du rôle du destinataire dans l'opération du transport maritime.

406. – Il reste à rechercher, par la suite, les conditions d'engagement du destinataire, lorsque le droit français s'applique à la validité de la clause d'arbitrage, et le droit anglais ou le droit grec s'applique au contrat principal (Section II). Le consensualisme du droit français devrait édicter les conditions d'opposabilité de la clause à l'égard du destinataire, en tant que tiers-cessionnaire des droits du contrat de transport (selon le droit anglais), ou en tant que tiers-bénéficiaire d'une stipulation faite en sa faveur (selon le droit grec).

⁹³⁷ Sentence 947 du 5 juin 1996, *DMF* 1996, p. 1160.

Section II. Le consentement du destinataire-tiers au contrat: l'hypothèse d'un dépeçage du contrat

407. – Il est envisagé de procéder à un dépeçage du contrat dans le cadre duquel l'engagement du destinataire est mis dans une nouvelle perspective. L'hypothèse du dépeçage consiste à appliquer le droit français à la clause d'arbitrage et le droit anglais ou hellénique au fond du contrat de transport maritime. La loi applicable au fond du contrat détermine la qualité contractuelle du destinataire au dit contrat. Les droits contractuels qui lui sont attribués à l'encontre du transporteur sont issus de sa position contractuelle. C'est pour cela que la qualité du destinataire, en tant que tiers ou partie, est un élément déterminant pour la recherche des conditions de son engagement par la clause compromissoire.

Considéré comme tiers par le droit anglais et grec⁹³⁸, la clause lui est opposable selon les conditions dictées par les règles matérielles du droit français qui déterminent l'engagement de tiers. Plus particulièrement, selon le droit anglais, le destinataire a la qualité de cessionnaire du chargeur (§1), tandis que selon le droit hellénique, la théorie de la stipulation pour autrui justifie ses droits contractuels (§2).

§1. La transmission automatique de la clause compromissoire au destinataire-cessionnaire des droits contractuels du chargeur

408. – La question de la transmission de la clause compromissoire dans une cession de contrat ou de créances a fait l'objet de plusieurs décisions étatiques dans la jurisprudence française. Une des premières décisions permettant d'établir une règle matérielle en la matière a été la jurisprudence *Peavey* selon laquelle : « [...] *dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de la clause* »⁹³⁹.

⁹³⁸ V. *infra* n° 81 et suiv.

⁹³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2001, *JCP G* 2001, II, 10567, n° 28, p. 1390, note C. LEGROS, *D.* 2001, somm., n° 14, p. 1135, obs. Ph. DELEBECQUE, *Rev. arb.* 2001, p. 765, note D. COHEN, Ch. SERAGLINI, « Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt *Peavey* », *Gaz. Pal.* 2001, Recueil nov.-déc., p. 1731, A. MALAN, « Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime », *DMF* 2006, n° 666, p. 3 (6), G. CHABOT, « Circulation et séparabilité de la clause compromissoire (note sous l'arrêt Cour d'appel Paris, 10 sept. 2003) », *RLDC* 2004, p. 55.

Plus récemment, par soucis de dissiper les ambiguïtés suscitées par l'arrêt précédent, la Cour de cassation a énoncé que « [...] *dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne* »⁹⁴⁰.

Avec cette dernière décision, la jurisprudence a clarifié le champ d'application de la règle matérielle dans les cas d'une chaîne de contrats translatifs, sans distinction faite du caractère homogène ou hétérogène de celle-ci. Le porteur du connaissance en droit anglais est considéré comme un cessionnaire des droits figurant sur le titre⁹⁴¹. Ainsi, en application du droit français relatif à la transmission automatique de la clause compromissoire figurant dans la charte-partie ou dans les conditions générales de transport, le destinataire-cessionnaire se trouve automatiquement lié par l'ensemble du contrat, après présomption de son consentement d'accepter la cession (cf. la cession des droits et des obligations) et par l'acceptation de livraison de la marchandise.

409. – Dans la dernière règle matérielle adoptée par l'arrêt du 27 mars 2007 précité, la condition de « l'ignorance raisonnable » prévue par l'arrêt *Peavey*, dans le but de « contrôler » la transmission automatique de la clause à l'égard d'un tiers cessionnaire ignorant, a été supprimée. L'objectif de cette suppression ne peut-être autre que de renforcer le caractère automatique de la transmission du droit d'action. En effet, la Cour se fonde sur la nature juridique de la clause d'arbitrage afin de justifier son opposabilité automatique envers le cessionnaire.

Encore une fois, il est souligné que la clause fait partie intégrante du contrat principal et constitue un accessoire inséparable du droit d'action qui accompagne lui-même, le droit substantiel. Ainsi, la clause se transmet automatiquement lorsque le droit substantiel est également transmis. C'est la position de la jurisprudence française en

⁹⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2007, *JDI (Clunet)* 2007, n° 3, Comm. 18, p. 968, note C. LEGROS.

⁹⁴¹ V. *supra* n° 84 et suiv.

matière de transmission de la clause compromissoire lors d'une cession de créance ou d'une cession de contrat.

Avec cet argument tiré de la nature de la clause compromissoire, la Cour de cassation a introduit un fondement « objectif » à la transmission de la clause d'arbitrage, affranchi de toute expression de volonté (preuve de la connaissance et de l'acceptation) de la personne à laquelle on oppose la clause⁹⁴². La transmission automatique de la clause d'arbitrage ne saurait être remise en cause sans contester le mécanisme même de l'action contractuelle directe des opérateurs participant à une chaîne de contrats translatifs.

Considérant que le droit anglais s'applique, la qualification du destinataire est celle du tiers cessionnaire des droits contractuels appartenant initialement au chargeur. Il y a, ainsi, lieu d'appliquer la règle matérielle précitée et admettre qu'en effet, la clause, soumise au droit français, est automatiquement opposable au destinataire du droit anglais, puisqu'il acquiert ses droits contractuels par le transfert du connaissance⁹⁴³.

410. – Toutefois, des voix dissidentes s'élèvent pour s'opposer à l'application de la règle matérielle du droit français, à savoir la transmission automatique de la clause d'arbitrage lors d'une cession du contrat ou de créance. C'est sans doute sur la base de cette doctrine que la jurisprudence maritime tire ses arguments qui essayent de fonder l'exigence d'une acceptation spécifique de la part du destinataire. Malgré cette observation, force est de souligner que lorsque la doctrine dominante accepte la transmission automatique de la clause au moment de la transmission de la créance contractuelle, une dérogation à cette règle n'est pas fondée, d'autant plus que la

⁹⁴² Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2007, *JDI (Clunet)* 2007, n° 3, Comm. 18, p. 968, note C. LEGROS, E. LOQUIN, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gazz. Pal.* 2002, p. 898 (903) : « [l]e droit d'action accessoire du droit transmis est également transmis tel qu'il était au moment de la transmission, c'est-à-dire affecté de la Convention d'arbitrage. Cette transmission est indépendante de la volonté du bénéficiaire de l'action transmise comme du cocontractant cédé. » Aussi, P. MAYER, « La circulation des conventions d'arbitrage », *JDI (Clunet)* 2005, p. 251 (255) : « [s]eule la créance a été cédée, non la clause, mais la clause avait produit un effet sur la créance : elle l'avait configurée, ou plus exactement, elle avait configuré le droit d'action accessoire à la créance. »

⁹⁴³ V. position A. MALAN, « Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime », *DMF* 2006, n° 666, p. 3 (5), où l'auteur présume que le destinataire est qualifié comme

qualification de la position contractuelle du destinataire relève clairement de son rôle de cessionnaire des droits contractuels du chargeur.

§2. La transmission automatique de la clause compromissoire au destinataire-bénéficiaire de la stipulation faite entre le chargeur et le transporteur

411. – Dans le contexte du droit grec, les droits contractuels nés directement à la personne du destinataire sont justifiés en application de la théorie de la stipulation pour autrui. Le destinataire est qualifié comme un tiers bénéficiaire de l'accord conclu entre deux autres personnes, à savoir le chargeur et le transporteur. En droit grec, le consentement du tiers à la stipulation faite à sa faveur n'est pas exigé⁹⁴⁴. Par conséquent, le tiers, en l'espèce le destinataire, se trouve normalement lié par les stipulations contractuelles qui sont à son profit. Or, la question qui se pose est la détermination des exceptions et des moyens de défense opposables au tiers bénéficiaire, par le promettant. Le droit hellénique affirme que le promettant peut opposer au bénéficiaire des « *exceptions tirées du contrat* »⁹⁴⁵ générateur de la stipulation. La possibilité d'invoquer des accords procéduraux conclus entre le promettant et le stipulant, à l'encontre du tiers bénéficiaire, fait débat au sein de la doctrine et de la jurisprudence⁹⁴⁶. Le fondement de l'opposabilité de ladite clause est relatif à sa nature juridique et les conditions auxquelles le droit applicable la soumet⁹⁴⁷. Ainsi, l'engagement du tiers bénéficiaire par la clause d'arbitrage est une question qui touche à sa formation, conséquemment, régie par le droit applicable à

tiers cessionnaire selon une des théories soutenues en droit français. En effet, dans ce cas, il est fait application directe de la transmission automatique de la clause lors de la cession d'une créance, conformément à l'énoncé de l'arrêt *Peavey*.

⁹⁴⁴ A. GEORGIADIS, *Ενοχικό Δίκαιο Ι [Droit des obligations I]*, 3^{ème} éd., Athènes –Thessalonique, Sakkoulas, 2000, p. 324.

⁹⁴⁵ Art. 414 C. civ. grec « *Le promettant peut aussi opposer au tiers des exceptions tirées du contrat.* »

⁹⁴⁶ A. GEORGIADIS, op. cit., p. 328, Ch. APALAGAKI, « Γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου. Δέσμευση τρίτου από τη ρήτρα παρεκτάσεως που περιλήφθηκε στη σύμβαση » [« Stipulation pour autrui. Engagement du tiers par la clause de prorogation de compétence insérée dans le contrat »], *Ελλ.Δνη.* 1993, p. 266.

⁹⁴⁷ Le débat porte notamment sur le dilemme de savoir si une clause de compétence (pour rappel, la tendance de la jurisprudence grecque est de traiter de la même manière les clauses de juridiction et les clauses d'arbitrage, en adoptant la nature mixte de cette dernière, v. *infra* n° 98) est une clause opposable au tiers, en tant que clause « *découlant du contrat* » ou s'il s'agit d'une clause conclue entre les contractants, à savoir le stipulant et le promettant, à titre personnel, et sur cette base elle serait inopposable au tiers. En tout état de cause, le tiers n'est lié par une telle clause que lorsque les formalités de validité requises par la loi grecque sont respectées. Par ailleurs, nous rappelons en tant que de besoin que si le destinataire détient un document représentatif des biens, tel que le connaissance, les règles du droit cambiaire s'appliquent et impose, en l'espèce, des conditions de forme strictes, afin que son porteur soit lié par les clauses apparentes sur le titre.

celle-ci⁹⁴⁸. Le droit français, par hypothèse applicable à la clause d'arbitrage, devrait préciser les conditions de son opposabilité à cette personne. De nouveau, dans ce cadre précis, les solutions sont fournies par les règles matérielles françaises en la matière.

En rupture avec une jurisprudence ancienne⁹⁴⁹, le juge français s'est récemment prononcé sur cette question précise. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu en 2006 a jugé que « [...] *la clause d'arbitrage contenue dans le contrat liant le stipulant au promettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, [...]* »⁹⁵⁰. La transmission automatique de la clause compromissoire est ainsi pleinement reconnue devant l'acceptation globale du bénéficiaire de la stipulation pour autrui⁹⁵¹. Ce dernier, en acceptant la stipulation, accepte se conformer à l'ensemble des droits « [...] *parfois grevés de charges, qui forment un ensemble cohérent* »⁹⁵².

L'opportunité de la solution est fondée sur le mécanisme même de la stipulation pour autrui. Le tiers ne saurait accepter tirer le bénéfice de la stipulation et refuser l'effet de la clause compromissoire en cas de litige né du contrat. En effet, il accepte ce qui a été conclu par d'autres et « *son acte de volonté doit s'intégrer à ce qui a été voulu par les parties initiales* »⁹⁵³. Toutefois, une exception doit être retenue lorsque les parties initiales ont prévu autrement par mots exprès dans leur accord, que le tiers ne soit pas lié par la clause en question⁹⁵⁴.

⁹⁴⁸ G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Austin, Kluwer Law International, 2009, p. 1180 et p. 425 et suiv., J.- F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, LGDJ, 2002, p. 257, § 283.

⁹⁴⁹ Cass. com., 4 juin 1985, (*Bisutti*), *Bull. civ.* 1985, IV, n° 78, *Rev. arb.* 1987, p. 139, note J. L. GOUTAL, *RTD civ.* 1986, p. 593, obs. J. MESTRE.

⁹⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 2006, n° 03-11983, *Juris-Data* n° 2006- 034555, *JCP* 2006, II, 10183, p. 2120, note C. LEGROS, *Rev. arb.* 2006, p. 969, obs. C. LARROUMET.

⁹⁵¹ Une sentence en matière d'arbitrage international a déjà constaté que le tiers bénéficiaire de la stipulation faite en sa faveur se voit lié par la clause d'arbitrage qui est insérée dans le contrat stipulé, même s'il ne l'a pas signé. ICC Case N° 9762 de 2001, *Y.B. Comm. Arb.* XXIX 2004, p. 26, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 2001-2007, p. 167.

⁹⁵² C. LEGROS, note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 2006, *JCP* 2006, II, 10183, p. 2120 (2122).

⁹⁵³ Ch. LARROUMET, « Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage », *Rev. arb.* 2005, p. 903 (905).

⁹⁵⁴ *Ibid.* Aussi, C. LEGROS, note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 2006, *JCP* 2006, II, 10183, p. 2120 (2122).

CONCLUSION DU TITRE II

412. – Lorsque le droit français s'applique à la convention d'arbitrage, la condition de sa validité et de son opposabilité n'est autre que le consentement des opérateurs, établi par tous les moyens. Dans ce cadre, les juges et les arbitres ne sauraient méconnaître cette règle matérielle de la jurisprudence française, en se prononçant sur l'efficacité de la clause à l'égard des parties et des tiers au contrat de transport maritime. S'agissant notamment du destinataire de marchandises, son consentement est soumis à la même règle matérielle, aussi bien lorsqu'il est traité comme une partie au contrat (selon le droit français) que lorsqu'il est traité comme un tiers (selon les droits anglais et hellénique).

Les arguments juridiques avancés à cet égard se heurtent éventuellement à la pratique du commerce maritime. La préoccupation essentielle des maritimistes relève du fait qu'en application de la règle matérielle française, le consentement du destinataire doit être « présumé ». Or, la prise de connaissance et l'acceptation des termes contractuels par le destinataire ne visent pas spécifiquement la clause d'arbitrage. Ainsi, une partie de la jurisprudence étatique et arbitrale exige l'expression d'un consentement spécifique de la part du destinataire. Toutefois, cette solution est incohérente par rapport à la règle matérielle applicable dans les autres domaines de l'arbitrage international, selon laquelle la présomption du consentement est suffisante pour que la clause compromissoire produise ses effets juridiques.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

413. – Contrairement à la solution française, les droits hellénique et anglais n'hésitent pas à faire respecter des conditions de forme afin de permettre l'efficacité de la convention d'arbitrage. Toutefois, l'interprétation assez large de la condition d'un « écrit », de sorte qu'elle accepte la validité de la clause non signée et, notamment, insérée dans un document électronique, a permis une évolution considérable de la notion du formalisme au sein de ces ordres étatiques. C'est justement sur cette évolution de la « lettre » des textes juridiques applicables (et notamment de la Convention de New York), que la jurisprudence française s'est appuyée pour franchir l'obligation « écrite » et établir le principe du consensualisme pour la validité de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international.

414. – Les solutions adoptées en matière de transport maritime, dans les ordres juridiques étudiés, tentent d'avertir le destinataire et de le protéger contre une clause qui pourrait nuire à ses droits litigieux, et éventuellement aussi à ses droits substantiels. Ainsi, tandis que la jurisprudence française se partage sur la nécessité d'exiger une acceptation spéciale ou non de la part du destinataire des marchandises afin d'établir son consentement à la clause compromissoire par référence, les ordres juridiques hellénique et anglais hésitent sur le besoin d'exiger une référence spécifique ou générale pour établir la connaissance du destinataire des marchandises.

Le droit grec adopte une approche assez conservatrice et exige une référence spécifique sur le connaissance pour que ses porteurs successifs se voient liés par les clauses y figurant. La nature cambiaire du titre de transport incorporant la clause d'arbitrage prévaut et ne laisse aucun doute, même si une jurisprudence minoritaire se manifeste pour soutenir le contraire.

En droit anglais, le choix d'une référence spécifique ou générale est subordonné à la construction du contrat et à la connaissance effective des parties et des tiers. En ce qui concerne les parties au contrat, leur consentement peut être présumé sans exiger une référence spécifique, tandis que le consentement des tiers doit être prouvé sans équivoque par une référence spécifique. Cette approche différente est fondée sur la

perception de la nature juridique de la convention d'arbitrage traitée, soit comme une clause « inhérente » au contrat commercial, eu égard aux parties au contrat, soit comme une clause « étrangère » et éventuellement « dangereuse » pour les intérêts des personnes tierces impliquées dans son exécution.

Conclusion générale

415. – Les solutions relatives aux conditions d’efficacité de la convention d’arbitrage dans un contrat de transport maritime de marchandises sont différentes dans les trois ordres juridiques étudiés. Toutefois, ces différences ne sont pas observées uniquement au niveau transnational mais, aussi, au sein du même ordre juridique. Les différentes approches entre les trois pays peuvent être une source de richesse intellectuelle et de réflexion juridique, à travers un travail d’analyse, de comparaison et de compréhension des causes et des conséquences de ces différences. Toutefois, le traitement différent réservé à la même question au sein d’un seul ordre juridique peut être source de complexités et d’incohérences juridiques. Or, démontrer et expliquer cette « incohérence », sans pour autant l’approuver, était l’objectif principal de cette étude.

416. – L’influence de la nature du titre de transport incorporant la convention d’arbitrage, à savoir la nature cambiaire du titre représentatif des marchandises, joue un rôle déterminant en droit grec, contrairement à l’approche des droits anglais et français. Le droit hellénique n’hésite pas à soumettre l’efficacité des clauses du contrat de transport maritime au principe d’un formalisme strict, permettant l’engagement des porteurs des titres de transport, par les clauses « apparentes » sur les documents en question. La convention d’arbitrage n’échappe pas à cette règle, étant également soumise à une condition de forme (à titre de validité) conformément à la loi applicable. Nonobstant le conservatisme d’une telle approche, la loi demeure en cohérence avec elle-même quand elle prévoit que « [l]’*émission d’un connaissance faisant expressément référence à une clause d’arbitrage insérée dans un contrat de transport, vaut convention d’arbitrage*⁹⁵⁵ ». Cependant, une évolution jurisprudentielle ne pourrait pas facilement influencer sur le traitement de la clause

⁹⁵⁵ Art. 7§6 de la loi 2735/1999 : « Η έκδοση φορτωτικής, στην οποία γίνεται ρητή αναφορά σε ρήτρα διαιτησίας που περιέχεται σε σύμβαση μεταφοράς, συνιστά συμφωνία διαιτησίας. »

d'arbitrage par référence dans un connaissement de charte-partie, car la lettre de la loi ne laisse aucune marge d'interprétation.

Ce n'est pas le cas pour le droit anglais. Ce dernier, ignorant toute référence à la nature cambiaire du titre de transport, se fonde sur la notion de cession des droits et des obligations afin de pouvoir justifier la transmission de stipulations contractuelles avec le titre de transport vers les tiers porteurs du document. Toutefois, même si les exigences du droit cambiaire ne sont pas applicables, la connaissance spécifique et l'acceptation expresse du tiers porteur du connaissement sont requises. Même si les autres clauses figurant sur le même document de transport ne sont pas soumises à une manifestation spécifique du consentement, la convention d'arbitrage l'est. Or, le fondement de cette approche n'est pas différent de la nature dite « lourde » de la clause en question. Ce fondement n'est soulevé que lorsqu'elle figure dans l'*instrumentum* d'un contrat de transport maritime. Car, par ailleurs, au sein du même ordre juridique, cette convention est considérée comme une clause « neutre » et « inhérente » à l'économie d'un contrat commercial⁹⁵⁶.

L'incohérence précitée est observée non seulement au sein du droit anglais mais aussi lorsque la jurisprudence française se prononce sur le sujet en question. Dans cet ordre juridique, l'incohérence reste encore plus importante puisque le libéralisme du régime auquel la convention d'arbitrage est soumise se heurte de manière flagrante au conservatisme réservé à la même convention insérée dans un connaissement de charte-partie. Pour une partie de la jurisprudence étatique et arbitrale, il semble que la convention d'arbitrage, affranchie de toute condition de forme, n'engage que le tiers porteur du titre de transport, destinataire de marchandises transportées ayant expressément lu et approuvé son contenu⁹⁵⁷.

Les raisons invoquées par les maritimistes qui persistent à soutenir cette approche stricte concernant l'efficacité de la convention d'arbitrage sont notamment liées à des considérations d'ordre pratique, relatives aux modalités de réalisation du transport

⁹⁵⁶ *Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Isthisal Endustri A. v Sometal SAL*, [2010] EWHC 29 (Comm.), [2010] 1 All E.R. (Comm.) 1143, [2010] 1 *Lloyd's Rep.* p. 661, 2010 WL 19905, *Sea Trade Maritime Corp. v Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd (The Athena)*, [2006] EWHC 2530 (Comm.), [2007] 1 All E.R. (Comm.) 183, [2007] 1 *Lloyd's Rep.* p. 280. V. *supra* n° 318.

maritime, à la position juridique du destinataire absent au moment de la conclusion du contrat ainsi qu'au manque d'information efficace de ce dernier par les autres opérateurs participants. Or, cette argumentation ne semble pas suffisante pour justifier l'écart des normes applicables à la convention d'arbitrage dans les autres domaines du commerce international. Le déroulement du transport maritime de marchandises n'est pas à ce point différent d'une opération commerciale impliquant la participation de plusieurs acteurs commerciaux qui ne participent pas depuis le début de l'opération à la formation du contrat et se rejoignent à un stade ultérieur, lors de l'exécution de ce contrat.

417. – Les conditions d'efficacité de la convention d'arbitrage ne doivent pas varier en fonction du contrat commercial dans lequel elle figure. Pour la sécurité du droit, la cohérence des solutions applicables et la protection des justiciables, les conditions de validité et d'opposabilité d'un acte juridique sont a priori établies et applicables en toutes circonstances. Cette constatation ne laisse aucun doute : l'uniformité du régime de validité de la convention d'arbitrage s'impose. L'objectif reste l'harmonisation entre la règle générale applicable à tous les cas spécifiques.

Nous avons adopté comme point de départ de notre réflexion le fait que la convention d'arbitrage d'un contrat de transport maritime de marchandises est considérée comme un cas « particulier » d'une convention d'arbitrage insérée dans un contrat commercial (cf. le cas « général »)⁹⁵⁸. Cette constatation nous oblige à appliquer le même régime aux deux cas précités et à exiger la conformité du cas spécifique au cas général⁹⁵⁹. Dans ce contexte, considérer la convention d'arbitrage d'un contrat de transport maritime de marchandises comme une « exception » aux conventions d'arbitrage insérées dans d'autres contrats commerciaux, ne semble pas concevable selon les exigences précitées, celles de sécurité et de prévisibilité du droit de l'arbitrage international.

⁹⁵⁷ V. *supra* n° 398 et suiv.

⁹⁵⁸ V. *infra*, Introduction, n° 20.

418. – Néanmoins, si le besoin de protéger le destinataire persiste de manière à justifier une dérogation à la règle « générale », il convient éventuellement de reconsidérer et de remettre en cause cette règle « générale » applicable à la convention d'arbitrage dans les contrats commerciaux. Dans ce contexte, nous admettons être face à une situation où la règle « générale » (à savoir, les normes applicables à toutes les conventions d'arbitrage insérées dans des contrats commerciaux) ne couvre pas suffisamment le cas « particulier » de la convention d'arbitrage insérée dans un contrat de transport maritime de marchandises, au regard des circonstances particulières du contrat en question. Dans ce cas de figure, le besoin d'harmoniser les deux régimes et de soumettre le cas spécifique au cas général n'en demeure pas moins persistant. Il ne saurait être question de faire autrement que de reconsidérer l'étendue et le contenu de la règle « générale ».

Autrement dit, par souci d'harmonisation du régime applicable à la convention d'arbitrage, il convient soit de soumettre l'efficacité de la clause compromissoire insérée dans un contrat de transport maritime de marchandises aux conditions requises pour lesdites clauses insérées dans tous les contrats commerciaux, soit de modifier les conditions requises pour les conventions d'arbitrage insérées dans l'ensemble des contrats commerciaux. Choisir la première option signifie que nous admettons que le contrat de transport maritime et la convention d'arbitrage y insérée ne constituent pas une exception à l'arbitrage du commerce international. En revanche, choisir la deuxième solution signifie de reconsidérer le régime applicable à la convention d'arbitrage, conformément aux normes adoptées par chaque ordre juridique, afin de pouvoir prévenir les situations problématiques issues de la pratique du commerce maritime et de protéger les droits des justiciables, même si cela se fait au détriment d'une efficacité maximale de la convention d'arbitrage.

⁹⁵⁹ Cela fut le fondement principal d'un syllogisme que nous avons essayé d'appliquer tout au long de notre étude : quelle est la règle (« générale ») applicable aux faits (« spécifiques ») constatés, afin d'aboutir à la solution retenue (« conformité ou non du spécifique au général »).

Bibliographie

Ouvrages généraux

En langue française :

AZEBAZE M., *Le contrat d'affrètement maritime : évolutions et perspectives*, Thèse Université de Paris I, 2009

AUDIT B., D'AVOUT L., *Droit international privé*, 6^{ème} éd., Paris, Economica, 2010

BATIFFOL H., LAGARDE P., *Droit international privé, Tome I*, 8^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1993

BEGUIN J., MENJUCQ M., *Droit du commerce international*, Paris, Litec, 2005

BEURIER J.P. (Dir.), *Droits maritimes*, Paris, Dalloz, 2008

BON-GARCIN I., BERNADET M., REINHARD Y., *Droits des transports*, Paris, Dalloz, 2010

BONASSIES P., SCAPEL Ch., *Traité de droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ-Lextenso éd, 2010

BOISSESON M. de, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, Joly éditions, 1990

BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit international privé, Tome I, Partie générale*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2010

CONSTANTINESCO L. - J., *Traité de droit comparé, La science des droits comparés*, T. III, Paris, Economica, 1983 ; *Traité de droit comparé, La méthode comparative*, T. II, Paris, LGDJ, 1974 ; *Traité de droit comparé, Introduction au droit comparé*, T. I, Paris, LGDJ, 1972

- DAVID R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982
- DU PONTAVICE E., CORDIER P., *Transport et Affrètement maritimes*, 2^{ème} éd., Paris, Encyclopédie Delmas, 1990
- FROMONT M., *Grands systèmes de droit étrangers*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013
- FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996
- FOUSTOUCOS A., *L'arbitrage – interne et international – en droit privé hellénique*, Thèse Université de Paris II, Litec, 1976
- GHESTIN J., JAMIN Ch., BILLIAU M., *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2001
- HEUZE V., *La vente internationale de marchandises, Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2000
- KERGUELEN-NEYROLLES B. (Dir.), *Lamy Transport Tome 2*, Lamy, 2014
- LESCOT P., ROBLOT R., *Les effets de commerce*, V. I, Paris, Rousseau, 1953
- MAYER P., HEUZE V., *Droit international privé*, 10^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2010
- MONTAS A., *Droit maritime*, Paris, Vuibert, 2012
- PIEDELIEVRE S., GENCY-TANDONNET D., *Droit des transports*, Paris, LexisNexis, 2013
- POUDRET J.- F., BESSON S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Genève, LGDJ, 2002
- REMOND-GOUILLOUD M., *Droit maritime*, 2^{ème} éd., Paris, Ed. Pédone, 1993 ; *Le contrat de transport*, Connaissance de droit, Paris, Dalloz, 1993
- RIPERT G., *Droit maritime*, T. II, 4^{ème} éd., Paris, Ed. Rousseau et Cie, 1952 ; *Droit maritime*, T. I, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1950

- ROBERT J., *L'arbitrage, Droit interne, Droit international privé*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1993
- RODIERE R., *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. I*, Paris, Dalloz, 1967 ; *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. II*, Paris, Dalloz, 1968 ; *Traité général de droit maritime, Affrètements et transports, T. III*, Paris, Dalloz, 1970
- RODIERE R., DU PONTAVICE E., *Droit maritime*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, Précis, 1997
- RUBELLIN-DEVICHI J., *L'arbitrage : nature juridique, droit interne et droit international privé*, Paris, LGDJ, 1965
- SERAGLINI Ch., ORTSCHIEDT J., *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien - Lextenso éditions, 2013
- VIALARD A., *Droit maritime*, Paris, PUF, 1997

En langue anglaise :

- BLACKABY N. et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009
- BORN G., *International Commercial Arbitration*, Vol. I, Vol. II, Austin, Kluwer Law International, 2009
- BOYD S.C. et al., *Scrutton on Charterparties*, 21^{ère} éd., London, Sweet & Maxwell, 2008
- CHITTY J., BEALE H.G., *Chitty on contracts*, Vol. 1, 31^{ère} éd., London, Sweet & Maxwell Thomson Reuters, 2012
- COLLINS S. L. (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of laws*, Vol. I, Vol. II, 14th éd., London, Sweet & Maxwell, 2006
- DEBATTISTA Ch., *Sale of Goods Carried by Sea*, Sevenoaks, Butterworths, 1990

GIRVIN S., *Carriage of Goods by Sea*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011

LEW J., MISTELIS L., KROLL S., *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer International Law, 2003

MERKIN R., FLANNERY L., *Arbitration Act 1996*, 4^{ème} éd., London, Informa, 2008

MUSTILL M., BOYD S. C., *The law and practice of commercial arbitration in England*, 2^{ème} éd., London, Butterworths, 1989

PORTER Sir S.L., McNAIR W.L., *Scrutton on Charterparties*, 13^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 1931

SUTTON D. J., GILL J., GEARING M., *Russell on arbitration*, 23^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2007

TWEEDDALE A., TWEEDDALE K., *Arbitration of commercial disputes, International and English law and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2005

En langue grecque :

DELOUKAS N., *Ναυτικό Δίκαιο [Droit maritime]*, 2^{ème} éd., Athènes, Sakkoulas, 1979 ; *Ναυτικό Δίκαιο [Droit maritime]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1977

GEORGAKOPOULOS L., *Ναυτικό Δίκαιο [Droit maritime]*, Athènes, Sakkoulas, 2006

GEORGIADIS A., *Ενοχικό Δίκαιο I [Droit des obligations I]*, 3^{ème} éd., Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 2000

KAMVISSIS D., « Ιδιωτικό Ναυτικό Δίκαιο, Κατ'άρθρο ερμηνεία, Σχόλια, Νομολογία » [Droit maritime privée, Commentaire d'article, Observations, Jurisprudence], Thessalonique, Sakkoulas, 1982

- KIANTOU-PAMPOUKI A., *Ναυτικό Δίκαιο [Droit maritime]*, 3^{ème} éd., Thessalonique, Sakkoulas, 1993 ; *Ναυτικό Δίκαιο (Τόμος Δεύτερος) [Droit maritime (Deuxième Tome)]*, 6^{ème} éd., Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 2007
- KOROTZIS I., *Ναυτικό Δίκαιο, Κατ'άρθρο ερμηνεία του Κώδικος Ιδιωτικού Ναυτικού Δικαίου και των κυριότερων νεότερων νομοθετημάτων και διεθνών συμβάσεων [Droit Maritime, Interprétation des articles du Code du droit maritime privé et des conventions internationales principales]*, Athènes – Komotini, Sakkoulas, 2005
- KOUSSOULIS St., *Το δίκαιο της διαιτησίας [Le droit de l'arbitrage]*, Athènes, Sakkoulas, 2006 ; *Διαιτησία, Ερμηνεία κατ'άρθρο [Arbitrage, Commentaire d'articles]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 2004

Ouvrages spécialisés, Thèses

En langue française :

- ADEL K., *Crédit documentaire et connaissance*, Larcier, 2012
- ANTAPASSIS A., *Les codes maritimes grecs*, Paris, LGDJ, 1983
- AUDIT B., *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, LGDJ, 1990
- BAUCHET P., *Le transport international dans l'économie mondiale*, 2^{ème} éd., Paris, Économica, 1991
- BERNARD A., *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Bruyland, 1937
- BLANCHIN C., *L'autonomie de la clause compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, Paris, LGDJ, 1998
- BOLLEE S., *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Thèse Université Paris I, Économica, 2004

- BOUCARON-NARDETTO M., *Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Thèse Université de Nice, PUAM, 2013
- CARBONNEAU Th. (ed.), *Lex mercatoria and arbitration, A discussion of the New Law Merchant*, Rev. Ed., New York, Juris Publication, Kluwer Law International, 1998
- COIPEL-CORDONIER N., *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Thèse Université catholique de Louvain, LGDJ, 1999
- CORNU G. (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., PUF, 2011
- DESJARDINS A., *Introduction historique à l'étude du droit commercial maritime*, Paris, Durant et Pedone Lauriel Ed., 1890
- DOUET M., *Les consortiums maritimes de lignes régulières*, Caen, Paradigme, 1985
- FOUSTOUCOS A., *L'arbitrage – interne et international – en droit privé hellénique*, Thèse Université de Paris II, Litec, 1976
- GAUDEMET-TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4^{ème}, LGDJ, 2010 ; *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Thèse, Paris, Dalloz, 1965
- GAVALDA Ch., STOUFFLET J., *Instrument de paiement et de crédit, Effets de commerce, chèque, carte de paiement, transfert de fonds*, 7^{ème} éd. rédigée par J. STOUFFLET, Paris, Litec, 2009
- GOVARE P., *L'assurance maritime anglaise : les origines, le Lloyd, polices diverses, règlements*, Paris, Challamel, 1904
- HERRO R., *Vente et transport, Indépendance ou interdépendance?*, Thèse Université Paris I, PUAM, 2011
- JARROSSON Ch., *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987
- KLEIN F.E., *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1955

- KPOAHOUN-AMOUSSOU A., *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, Thèse Université Aix-Marseille 3, PUAM, 2002
- LEGROS C., *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*, Thèse Université de Rouen, [microfiche], 1999
- MAJOROS F., *Les conventions internationales en matière de droit privé, II, Partie spéciale I, Le droit des conflits de conventions*, Paris, Pedone, 1980,
- MAYER P., *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973
- MERLIN M., *Recueil alphabétique de questions de droit*, T. 9, 4^{ème} éd., Brussels, Tarlier, 1829
- MONTIER F., *Le Harter Act : son interprétation par les cours américaines et françaises, son avenir*, Thèse, Paris, LGDJ
- MOTULSKY H., *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974
- PANOU Ch., *Le consentement à l'arbitrage, Etude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Thèse Université Paris I, IRJS, 2011
- PARDESSUS J.-M., *Plan d'une collection des lois maritimes anciennes*, 1824, Paris, L'imprimerie royale
- PETIT F., *La vocation au tripartisme du contrat de transport de marchandises*, Thèse Université de Caen, [microfiche], 2005
- POTAMIANOS Ph., *L'autonomie du contrat de transport maritime des marchandises*, Thèse de Université Paris, L. Rodstein, 1938
- REMOND-GOUILLOUD M., *Le contrat de transport*, Connaissance de droit, Paris, Dalloz, 1993
- RODIERE R., *Droit maritime, Assurances et ventes maritimes*, Paris, Dalloz, 1983

ROYER-FLEURY A., *Essai d'une théorie juridique du connaissance et des autres titres de transport maritime*, Thèse Université de Nantes, [microfiche], 2004

SAFA P., « Eléments pour une théorie des preuves en droit maritime », *DMF* 1986, p. 588

SASSOON D., *C.I.F. and F.O.B. Contracts*, 4^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 1995

TERASSIER N., *Stratégie de développement du transport maritime de lignes régulières*, Paris, Ed. Moreux, 1997

VALIN J., *Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine*, Tome 1^{er}, Paris, Chez Joubert, 1841

En langue anglaise :

AMBROSE C., MAXWELL K., *London maritime arbitration*, London, LLP, 1996

ARNALDEZ J., DERAIS Y., HASCHER D., *Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 2001-2007*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009

BARTY-KING H., *The Baltic Exchange: the history of a unique market*, Hutchinson, 1977

BREKOULAKIS St., *Third parties in international commercial arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2010

BROWN A., *Hazard unlimited: the story of Lloyd's of London*, 3^{ème} éd., Londres, Informa, 1987

DAVIES M. (Ed), *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law, Essays in Honor of Robert Force*, The Hague, Kluwer Law International, 2005

GAILLARD E., DI PIETRO D. (Ed.), *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards, The New York Convention in practice*, London, Cameron May, 2008

- HANOTIAU B., *Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, The Hague, Kluwer Law International, 2005
- HOLTZMANN H., NEUHAUS J., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration: Legislative history and commentary*, Deventer/ Boston, The Hague : T.M.C. Asser Instituut, 1989
- HUNTER M., LANDAU T., *The English Arbitration Act 1996: Text and Notes*, The Hague, Kluwer Law International, 1998
- SAMUEL A., *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich, Schulthess, Publication de l'Institut Suisse de droit comparé, 1989
- SCHWEBEL S., *International Arbitration: Three salient problems*, Cambridge, Grotius, 1987
- SPARKA F., *Jurisdiction and arbitration clauses in maritime transport documents, A comparative analysis*, Springer, Berlin, 2010
- TREITEL S.G., REYNOLDS F.M.B., *Carver on Bills of Lading*, 3^{ème} éd., London, Sweet & Maxwell, 2011
- VAN DEN BERG A. J., *The New York Convention of 1958, Towards a uniform judicial interpretation*, Antwerp, Kluwer Law and Taxation, 1981
- ZIEGLER A., SCHELIN J., ZUNARELLI S., (Ed.), *The Rotterdam Rules 2008*, New York, Kluwer Law International, 2010

En langue grecque :

- MANTAKOU A., *Η κατάρτιση της συμφωνίας διαιτησίας στη διεθνή συναλλαγή [La formation de la convention d'arbitrage dans les transactions internationales]*, Sakkoulas, 1998

MARKOU I., *Το δίκαιο της θαλάσσιας φορτωτικής [Le connaissance en droit grec]*, Athènes – Komotini, A. N. Sakkoulas, 2004

PAPADOPOULOU T., *Ο ρόλος του δικάζοντος δικαστή στο ιδιωτικό διεθνές δίκαιο. Οι περιπτώσεις άμεσης επιλογής του εθνικού δικαίου στο ελληνικό δίκαιο των συγκρούσεων νόμων [Le rôle du juge national au droit international privé. Les cas de l'application du droit national en droit grec des conflits de lois]*, Athènes-Thessalonique, Sakkoulas, 2000

POTAMIANOS F., *Η σύμβασις θαλάσσιας μεταφοράς, Μεταφορά πραγμάτων, Τ. Α [Le contrat de transport maritime, Transport des marchandises, T. A]*, Athènes, s.n., 1962

TSAVDARIDIS A., *Διεθνής ναυτική διαιτησία, Η ιδιόρρυθμη αυτονομία του διαιτητικού φαινομένου στις διεθνείς ναυτιλιακές συναλλαγές [Arbitrage maritime international, L'autonomie particulière du phénomène arbitral dans les affaires maritimes internationales]*, Athènes – Thessalonique, Sakkoulas, 1999

FOUSTOUKOS A., *Διαιτησία (Μελέτες, Άρθρα, Παρεμβάσεις) [Arbitrage (Etudes, Articles, Interventions)]*, Athènes – Komotini, Sakkoulas, 2000

Articles, études et commentaires de jurisprudence

En langue française :

ACHARD R., Note sous Aix-en-Provence, 19 avr. 1984, *DMF* 1985, p. 216 ; Note sous Paris, 16 mai 1980, *DMF* 1980, p. 536

ANCEL J.- P., « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », *in Travaux du comité français D.I.P. 1991-1992*, Ed. Pédone, Paris, 1994, p. 75

ARRADON F., « L'incorporation des clauses de charte-partie dans les connaissements », *DMF* 2004, p. 883 ; « Clause compromissoire et lettre de garantie », *Gazette de la Chambre*, n° 4 – Printemps 2004, p. 1

- AUDIT B., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1992, *JDI (Clunet)* 1993, p. 140
- BATIFFOL H., « La loi appropriée au contrat », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 1
- BEGUIN J., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, *JCP G* 2006, n° 24, I 148, p. 1173
- BELLET P., MEZGER E., « L'arbitrage international dans le Nouveau Code de procédure civile », *Rev. crit. DIP* 1981, p. 611
- BERNHEIM-VAN DE CASTEELE L., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 2012, *Rev. arb.* 2012, p. 479
- BODEL Th., « Marchés maritimes – Bilan de l'année 2013 », *Gazette de la Chambre*, n° 33 – Hiver 2013/2014, p. 5
- BOLLEE S., « Quelques remarques sur la pérennité (relative) de la jurisprudence *Dalico* et la portée de l'article IX de la Convention européenne de Genève », *JDI (Clunet)* 2006, p. 127
- BOISSESON M. de, « La nouvelle convention d'arbitrage », in CLAY Th. (Dir), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011, p. 81
- BOIVIN P., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2009, n° 08-16025, *LPA* 2010, n° 202, p. 17
- BONASSIES P., Note sous Paris, 15 oct. 2008, *DMF* 2008, p. 103 ; « Institutions judiciaires, Arbitrage, Principe compétence-compétence » in « Le droit positif français en 2007 », *DMF Hors série*, 2008, p. 44 ; « Des exceptions au principe compétence-compétence, et de la question de la légalité de ce principe », Note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 11 juillet 2006, *DMF* 2007, p. 398 ; Note sous Cass. com. 21 fév. 2006, *Navire Pella*, *DMF* 2006, Hors Série, n°10, p. 17 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Navire Lindos*, *DMF* 2006, p. 16 ; Note sous Aix-en-Provence, 8 janv. 1998, *DMF Hors Série* 1999, n° 3, n° 92 ; Note sous Cass. com., 16 janv. 1996, *Navire Chang Ping*, *DMF* 1996, p. 393 ; Note sous Cass. com., 29 nov. 1994, *Navires Harmony et Nagasaki*, *DMF* 1995, p. 209 ; Note sous Aix-en-Provence, 28 oct. 1993, *Navire Chang-Ping*, *DMF* 1994, p. 764, et

p. 170 ; Note sous Aix-en-Provence, 24 juin 1970, *Navire Eleni*, *DMF* 1970, p. 679 et *DMF* 1971, p. 75

BOUCHE N., « L'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RJDA* 2006, n. 12, p. 1109

BOUCOBZA X., « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1998, p. 495

BREDIN J.-D., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963, (*Gosset*), *JDI (Clunet)* 1964, p. 82, 1^{ère} esp. ; « La convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », *JDI (Clunet)* 1960, p. 1003

BUHLER J.-C., Note sous Rouen, 14 oct. 1993, *DMF* 1994, p. 381

BUREAU D., « Les conflits de conventions », in *Travaux du comité français D.I.P. 1999-2000*, Ed. A. Pédone, Paris, 2001, p. 201

CACHARD O., « La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam) », *JDI (Clunet)* 2012, p. 533 ; « La force obligatoire vis-à-vis du destinataire des clauses relatives à la compétence internationale stipulées dans les connaissements », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, 2008, Dalloz, p. 189 ; « Nouvelle application du principe 'compétence-compétence' en présence d'une exception d'incompétence soulevée face à une clause compromissoire », note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 23 janv. 2007, *DMF* 2007, p. 415 ; « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 2006, p. 893 ; Note sous T. Com. Marseille, 13 janv. 2006, *Navire Antigoni*, *DMF* 2006, p. 865 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Navire Lindos*, *Rev. arb.* 2006, n° 2, p. 438 ; Note sous Cass. com., 14 janv. 2004, *Navire Cay*, *Rev. arb.* 2004, p. 355 ; « Honni soit qui mal y pense ! L'opposabilité de la clause compromissoire au cessionnaire du tiers porteurs du connaissement de charte-partie », *Revue de droit commercial, maritime, aérien*

- et des transports* 2003, p. 101 ; « Formalisme et dématérialisation du connaissance », *Droit de l'Informatique et des Télécoms* 1998, vol. 3, p. 24
- CAPRIOLI E., SORIEUL. R., « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *JDI (Clunet)* 1997, n° 2, p. 323
- CHABOT G., « Circulation et séparabilité de la clause compromissoire, note sous l'arrêt Cour d'appel Paris, 10 sept. 2003 », *RLDC* 2004, p. 55 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 mars 2004, *Sté Uni-Kod c/ Sté Ouralkali*, *JCP G* 2004, n° 37, II 10132, p. 1530
- CHAUVEL P., « Le consentement », *Rép.droit civil*, Dalloz, 2007
- CHENU D., « L'autonomie de la clause compromissoire après le décret du 31 janvier 2011 », *LPA* 2011, n° 79, p. 3
- CHEVRIER E., Note sous Cass. com 4 janv. 2005, *D.* 2005, n° 3, A. J., p. 214 ; Note sous Cass. com. 18 mars 2003, *Navire Pépino*, *D.* 2003, A. J., n° 17, p. 1164
- CLAY Th., « 'Liberté, Egalité, Efficacité' : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage, Commentaire article par article (Première Partie) », *JDI (Clunet)* 2012, n° 2, p. 443 ; « 'Liberté, égalité, efficacité' : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage, Commentaire article par article (Deuxième partie) », *JDI (Clunet)* 2012, n° 3, p. 815 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 nov. 2006, *D.* 2008, Panor., n° 3, p. 182 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, *D.* 2005, n° 44, Panor., p. 3052 ; « L'efficacité de l'arbitrage », *LPA* 2003, n° 197, p. 4 ; Note sous Paris, 11 mai 2000, *Rev. arb.* 2002, p. 180
- COHEN D., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2002, *Rev. arb.* 2003, p. 397 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2002, *Rev. arb.* 2003, p. 397 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2001, , *Rev. arb.* 2001, p. 765 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2001, *Rev. arb.* 2001, p. 765 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1999, *Rev. arb.* 2000, p. 85
- COIPEL-CORDONIER N., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2002, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 758

- COMBET M., « Connaissance et acceptation d'une clause compromissoire stipulée dans les conditions générales de vente, Note sous l'arrêt Cass. civ. 1^{er}, 11 mai 2012 », *RLDA* 2012, p. 71 ; « Connaissance et acceptation d'une clause compromissoire stipulée dans les conditions générales de vente, Note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 2012 », *RLDA* 2012, p. 71
- CONFAVREUX R., « Transports Maritimes, Affrètement Maritime », *Rép. Comm.*, Dalloz, 2000
- COSTE B., Note sous Paris, 19 mars 2003, *Navire Liberty I*, *DMF* 2003, p. 597
- COUDEVYLLE-LOQUET M., « De l'effet relatif des contrats en matière de transport interne de marchandises », *RTD com.* 1992, p. 751
- CRUBELLIER M., « Y a-t-il un « syllogisme topique » chez Aristote ? », in J. BIARD, F. M. ZINI (Dir.), *Les lieux de l'argumentation, Histoire du syllogisme topique d'Aristote à Leibniz*, Brepols, p. 11
- D'HAUSSY F., Note sous Cass. Com. 13 nov. 2002, *DMF* 2003, p. 47
- DASSULE M., « Le contrôle de la compétence arbitrale par le juge anglais avant la sentence », *Rev. arb.* 2003, p. 65
- DE LA CRASSIERE B., « La clause d'un connaissance attributive de compétence à un tribunal étranger », *DMF* 1952, p. 119
- DELAUME G. R., Note sous Paris, 21 nov. 1949, *Rev. crit. DIP* 1950, p. 212
- DELEBECQUE Ph., « Droit du commerce international et droit maritime », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet, Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 171 ; « L'arbitrage maritime international », in SOREL J.M. (Dir.), *Le droit économique à l'aube du XXI^e siècle, En hommage aux professeurs Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD*, Paris, Pedone, 2009, p. 167 ; « La Convention sur les contrats internationaux de transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer : 'a civil law perspective' », *DMF* 2009, n° 702, p. 335 ; Note sous Cass., 1^{ère} civ., 16 déc. 2008 et Cass. com., 16 déc.

2008, *DMF* 2009, p. 124 ; « L'opposabilité d'une clause d'arbitrage à l'épreuve de la Convention de New York » Note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, *Navire Régine*, *DMF* 2007, n. 681, p. 404 ; Note sous Cass. com. 21 fév 2006, *Navire Pella*, *DMF* 2006, p. 379 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Navire Lindos*, *RTD com.* 2006, p. 251 ; Note sous Cass. com 4 janv. 2005, *RDC* 2005, p. 756 ; Note sous Douai, 30 oct. 2003, *DMF* 2004, p. 253 ; Note sous Paris, 4 fév. 2004, *Navire Finikas*, *DMF* 2004, Hors Série, n° 102, p. 9 2 ; « Le destinataire de la marchandise, tiers ou partie au contrat de transport ? », Note sous Cass. com. 18 mars 2003, *Navire Pépino*, *RDC* 2003, p. 139 ; Note sous Cass. com. 4 mars 2003, *Navire Houston Express*, *RDC* 2003, p. 141 ; Note sous Cass. com. 25 juin 2002, *DMF* 2003, p. 41 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 2001, *Navire Bonastar II*, *DMF* 2001, p. 994 et *D.* 2001, n° 40, *Somm.*, p. 3246 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 2001, *Navire Tag Hauer*, *DMF* 2002, p. 115 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2001, *D.* 2001, *somm.*, n° 14, p. 1135 ; « Le particularisme des contrats maritimes », in *Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 127 ; Note sous Cass. com., 16 janv. 1996, *Monte Cervantes*, *DMF* 1996, p. 627 ; Note sous Cass. com., 3 mars 1992, *Rev. arb.* 1992, p. 560

DELPECH X., Note sous Cass., 1^{ère} civ., 16 déc. 2008 et Cass. com., 16 déc. 2008, *D.* 2009, p. 89

DERAINS Y., « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 29

DIALLO O., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 nov. 2006, *JDI (Clunet)* 2007, p. 1255

DIDIER P., Note sous Paris, 24 mai 2000, *Rev. arb.* 2001, p. 535

DIMOLITSA A., « Autonomie et "Kompetenz-Kompetenz" », *Rev. arb.* 1998, p. 305

DUBARRY J.- C., LOQUIN E., Note sous Paris, 7 déc. 1994, *RTD com.* 1995, p. 401, Note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1992, *RTD com.* 1993, p. 647

DUTOIT B., MAJOROS F., « Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles », *Rev. crit. DIP* 1984, p. 565

FOUCHARD Ph., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 1999, *Rev. arb.* 2000, p. 96 (1^{ère} esp.) ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 janv. 1999, *Rev. arb.* 1999, p. 260 ; « La coopération du Président du Tribunal de grande instance à l'arbitrage », *Rev. arb.* 1985, p. 5 ; Note sous Paris, 13 déc. 1975, (*Menicucci*), *Rev. arb.* 1977, p. 147 ; Note sous Paris 1972, *Rev. arb.* 1973, p. 158 ; Note sous Paris, 19 juin 1970, *Rev. arb.* 1972, p. 62

FRANCESCAKIS Ph., « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissaire après l'arrêt HECHT de la Cour de cassation », *Rev. arb.* 1974, p. 67 ; « Quelques précisions sur les lois d'applications immédiate et leur rapport avec les règles de conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1

GAILLARD E., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006, *Navire Tag Heuer*, *Rev. arb.* 2006, p. 945 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 2001, *Navire Tag Hauer*, *Rev. arb.* 2001, p. 529 ; « Effet négatif de la compétence – compétence », in *Etudes de procédures et d'arbitrage en l'honneur de J.- F. Poudret*, Lausanne, Publ. Univ. Lausanne, 1999, p. 387 ; « Trente ans de lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI (Clunet)* 1995, p. 5 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1997, *Rev. arb.* 1997, p. 537 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 déc 1993, (*Dalico*), *JDI (Clunet)* 1994, p. 432

GARO Ph., « La dématérialisation documentaire maritime une réalité juridique désormais concrète », *Gazette de la Chambre*, n° 4 – Hiver 2010/2011, p. 8 ; « Éclaircissements sur la notion de document électronique de transport dans les règles de Rotterdam », *Scapel-R.D.C.M.T.* 2011, n° 3, p. 175

GAUDEMET-TALLON H., Note sous Cass. com., 27 fév. 1996 (2^{ème} esp.), *Rev. crit.* 1996, p. 731 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 janv. 1996 (1^{ère} esp.), *Rev. crit.* 1996, p. 731 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 déc 1993, (*Dalico*), *Rev. arb.* 1994, p. 116 ; Note sous Cass. com. 26 mai 1992, *Navire Ribra*, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 703 ; Note sous Paris, 26 mars 1991, *Rev. arb.* 1991, p. 456 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 1986, *Siaci*, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 396

GHESTIN J., MARCHESSAUX-VAN MELLE I., « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens, Rapport français », in *CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS DE L'UNIVERSITE PARIS I* et

- CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS DE L'UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN (coopér.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996, p. 1
- GOLDMAN B., Note sous Paris, 19 juin 1970, *JCP* 1971, II, 16 927 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963, *Gosset*, *JCP* 1963, II, 13405
- GOUTAL J.-L., « La clause compromissaire dans les connaissements : la Cour de Cassation française et la Cour Suprême des Etats-Unis adoptent des solutions opposées », *Rev. arb.* 1996, p. 605 ; Notes sous Cass. com., 20 juin 1995, *Rev. arb.* 1995, p. 622 ; Note sous Cass. com., 4 juin 1985, (*Bisutti*), *Rev. arb.* 1987, p. 139
- GRUBER A., « Les règles de conflit de lois applicables à la subrogation de l'assureur », *DMF* 2010, p. 3
- HUET A., Note sous Cass. com. 4 mars 2003, *JDI (Clunet)* 2004, p. 197
- HUMANN C., « Opposabilité de la clause compromissaire dans un connaissance de charte-partie au destinataire », *JCP* 2006, II, 10046, p. 620
- ILLESCAS R., « L'Espagne ratifie les règles de Rotterdam : ce qui change au niveau du droit du transport international suite à ces règles », *DMF* 2011, p. 691
- IMHOOS Ch., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 1999, *RDAL* 2000, p. 506
- JACQUET J. M., « L'incorporation de la loi dans le contrat », in *Travaux du comité français D.I.P. 1993-1994*, Ed. Pédone, Paris, 1996, p. 23
- JAMBU-MERLIN R., « L'arbitrage maritime », in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 401
- JARROSSON Ch., « La spécificité de l'arbitrage maritime international », *Il diritto marittimo* 2004, fasc. II, p. 444 ; Note sous Paris, 7 déc. 1994, *Rev. arb.* 1996, p. 245 ; « L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne », in *Etudes offertes à Alain Plantey*, Pédone, 1995, p. 233

- JARROSSON Ch., PELLERIN J., « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5
- JAULT-SESEKE F., Note sous Cass. com. 21 fév. 2006, *Navire Pella*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 606 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Navire Lindos*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 607 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2001, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 522
- KAUFMANN-KOHLER G., « La qualification en arbitrage commercial international », in *Travaux du comité français D.I.P. 2010-2012*, Ed. Pédone, Paris, 2013, p. 299
- KENFACK H., Note sous Cass., 1^{ère} civ., 16 déc. 2008 et Cass. com., 16 déc. 2008, *JCP G* 2009, II, 10060
- KESSEDJIAN C., « L'acceptation du contrat entraîne ipso jure l'acceptation de toutes ses clauses et de tous les documents qui y sont incorporés par référence expresse », Note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993, *Rev. arb.* 1994, p. 108 ; Note sous Versailles, 23 janv. 1991 (2^{ème} esp.) *Rev. arb.* 1991, p. 291 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 oct. 1989, (*Bomar Oil I*), *Rev. arb.* 1990, p. 134 ; Note sous Paris, 20 janv. 1987, *Rev. arb.* 1987, p. 482
- KIFFER L., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 avril 2006, *Rev. arb.* 2008, p. 299
- KLEIN F.E., « Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international », *Rev. crit. DIP* 1961, p. 499 ; « Autonomie de la volonté et arbitrage », *Rev. crit. DIP* 1958, p. 255
- KOZUBOVSKAYA-PELLE A., « Le contrat de volume et les Règles de Rotterdam », *DMF* 2010, n° 712, p. 175
- LAGARDE P., Note sous Cass. com. 4 mars 2003, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 285 ; « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *Riv. dir. int. civ. e proc.* 1975, p. 649
- LAINÉ A., « De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères », *Clunet* 1899, p. 641

- LALIVE P., « Le droit applicable au fond par l'arbitre international », in *Droit international et droit communautaire*, Fondation Calouste Gulbenkian, Paris, 1991, p. 33
- LARROUMET Ch., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 2006, *Rev. arb.* 2006, p. 969 ; « Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage », *Rev. arb.* 2005, p. 903
- LEBRET J., « Le tiers-porteurs du connaissance, le fréteur au voyage, le transporteur maritime et l'arbitrage », *Gazette de la Chambre* 2010, n° 3, p. 3
- LE GALLOU C., « Arbitrage : encore faut-il qu'il y ait une clause compromissoire », note sous l'arrêt, *RLDC* 2014, p. 16
- LEGROS C., « Arbitrage et connaissance », *RD transp.* 2008, n° 9, p. 15 ; « Les conflits de normes en matière de contrats de transport internationaux de marchandises », *JDI (Clunet)* 2007, n° 3, p. 799 ; « Les conflits de normes juridictionnelles en matière de contrats de transport internationaux de marchandises », *JDI (Clunet)* 2007, n° 3, p. 799 ; « Les conflits de normes juridictionnelles en matière de contrats de transport internationaux de marchandises (suite) », *JDI (Clunet)* 2007, n° 4, p. 1081 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2007, *JDI (Clunet)* 2007, n° 3, Comm. 18, p. 968 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 juill. 2006, *JCP* 2006, II, 10183, p. 2120 ; Note sous Cass. com. 21 fév 2006, *Navire Pella*, *JDI (Clunet)* 2006, p. 622, Note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005, *Navire Lindos*, *JDI (Clunet)* 2006, p. 622 ; « Le consentement du destinataire au contrat interne de transport de marchandises ne s'étend pas à la clause attributive de compétence », Note sous Cass. com. 4 janv. 2005, *JCP G* 2005, n° 21, II 10067, p. 972 ; Note sous Rouen, 8 oct. 2002, *Navire Walka Mlodych*, *Rev. arb.* 2003, p. 1341 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2002, *Rev. arb.* 2002, p. 379 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 fév. 2001, *JCP G* 2001, n° 28, II 10567, p. 1390 ; Note sous Cass. com. 14 nov. 2000, *Rev. arb.* 2001, p. 559 ; Note sous Cass. 2^e civ., 21 janv. 1999, *Rev. arb.* 2003, p. 1341, (3^{ème} esp.) ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 2000, (*Prodexport II*), (1^{ère} esp), *Rev. arb.* 2003, p. 1341

LEVEL P., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 1972, *Hecht c/ Société Buisman's*, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 82 ; Note sous Paris, 19 juin 1970, *Rev. crit. DIP* 1971, p. 692

LOQUIN E., « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *Trav. com. fr. DIP* 2005-2006, Ed. Pédone, Paris, 2008, p. 135 ; « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD com.* 2006, p. 764 ; Note sous Cass. 2^e civ., 8 avr. 2004, *RTD com.* 2006, p. 764 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 mars 2004, *Sté Uni-Kod c/ Sté Ouralkali*, *RTD com.* 2004, p. 443 ; « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Cahiers de l'arbitrage, Gazz. Pal.* 2002, p. 898 ; Note sous Cass. 2^e civ., 21 janv. 1999, *RTD com.* 1999, p. 847 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 déc 1993, (*Dalico*), *JDI (Clunet)* 1994, p. 690 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1990, (*Cassia*), *JDI (Clunet)* 1992, p. 168 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 oct. 1989, (*Bomar Oil I*), *JDI (Clunet)* 1990, p. 633 ; « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI (Clunet)* 1983, p. 293 ; Note sous Paris, 13 déc. 1975, (*Menicucci*), *JDI (Clunet)* 1977, p. 107

MALAN A., « Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime », *DMF* 2006, n° 666, p. 3

MAYER P., La « circulation » des conventions d'arbitrage, *JDI (Clunet)* 2005, p. 251 ; « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1998, p. 359 ; « L'application par l'arbitre des conventions internationales », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, p. 275 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1997, (*Prodexport I*), *Rev. crit. DIP* 1999, p. 92 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 déc 1993, (*Dalico*), *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1991, *Rev. arb.* 1991, p. 453 ; « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de la clause compromissoire », *Rec. des cours* 1989, t. 217, p. 319

MEZGER E., « Dix questions relatives au titre VI du Livre IV CPC », *Rev. arb.* 1981, p. 543 ; Note sous Paris, 26 nov. 1981, *Rev. arb.* 1982, p. 439

MERCADAL B., « Le contrat de transport », *Rép. comm.*, Dalloz, 2008

- MESTRE J., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 1986, *Siaci*, *RTD civ.* 1987, p. 547 ;
Note sous Cass. com., 4 juin 1985, (*Bisutti*), *RTD civ.* 1986, p. 593
- MOITRY J-H, VERGINE C., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1990, (*Cassia*), *Rev. arb.* 1990, p. 851, (2^{ème} esp.) ; Note sous Paris, 26 fév. 1988, *Rev. arb.* 1990, p. 851
- MOTULSKY H., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963, (*Galakis*), *Rev. crit. DIP* 1963, p. 615 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963, *Gosset*, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 615
- MOURRE A., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006, *Navire Tag Heuer*, *JDI (Clunet)* 2006, p. 1384
- NDENDE M., Note sous Cass., 1^{ère} civ., 16 déc. 2008 et Cass. com., 16 déc. 2008, *Rev. dr. transp.* 2009, comm. 26
- NIBOYET M.-L., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 2001, *Navire Bonastar II*, *Gaz. Pal.* 2007, n° 347, p. 26
- NICOLAS P.-Y., « Les conflits de Conventions internationales dans le transport maritime de marchandises », in *Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 265 ; « Les règles de Hambourg devant les tribunaux français », *DMF* 1998, p. 547 ; Note sous Cass. com., 8 déc. 1998, *Navire Silver Sky*, *DMF* 1999, p. 1007
- NOURISSAT C., « De la clarté en toute clause : clause attributive et clause compromissoire », *JCP E* 2012, n° 42, p. 1622
- OPPETIT B., « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990, p. 551 ; « Sur le concept d'arbitrage », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman*, Litec 1982, p. 229 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juill. 1972, *Hecht c/ Société Buisman's*, *JDI (Clunet)* 1972, p. 843 ; Note sous Paris, 19 juin 1970, *JDI (Clunet)* 1971, p. 833

- PACLOT Y., Note sous Cass. 2^e civ., 30 juin 1993, pourvoi 91-17786, *Rev. arb.* 1994, p. 95, (1^{ère} esp.) ; Note sous Paris, 30 mai 1991, *Rev. arb.* 1994, p. 99, (3^{ème} esp.)
- PATAUT E., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1999, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 536 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 5 janv. 1999, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 536
- PELLERIN J., Note sous Paris, 30 nov. 1990, *Rev. arb.* 1990, p. 645
- PESTEL-DEBORD P., « Action des assureurs de la marchandise contre le transporteur maritime : subrogation ou cession de créance ? », Note sous Cass. com., 27 oct. 1998, *Navire Mahajunga*, *DMF* 1999, p. 614
- PIERANTONI A., « De l'exécution des sentences arbitrales étrangères en France », *Rev. de droit int. et de législation comparée* 1900, p. 225
- POUDRET J.-F., « La clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'article 6 du Concordat sur l'arbitrage », in *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, Payot, 1985, p. 523
- RACINE J.-B., « La sentence d'incompétence », *Rev. arb.* 2010, p. 72 9 ; « L'efficacité des clauses attributives des juridictions stipulées dans un connaissance à l'égard du destinataire des marchandises : la Cour de cassation s'aligne sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *RDC* 2009, n° 3, p. 1193 ; « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2005, p. 305 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, *Rev. arb.* 2006, p. 103
- RAY J. D., « L'arbitrage maritime et les Règles de Hambourg », *DMF* 1981, p. 643
- REMERY J.-P., « Remarques sur le droit applicable au contrat international de transport maritime de marchandises », in *Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 277
- REMOND-GOUILLOUD M., « La lettre de garantie pour absence de connaissance : une tolérance institutionnalisée », *Gazette de la Chambre*, n° 15 – Hiver 2007/2008, p. 3 ; « L'inopposabilité d'une clause compromissoire ne permet pas

- d'échapper au principe compétence-compétence », note sur Cass. 1^{ère} civ., 28 nov. 2006, *DMF* 2007, p. 411 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 oct. 2005, *Rev. arb.* 2006, p. 103 ; « Des clauses de connaissements maritimes attribuant compétence à une juridiction étrangère : essai de démystification », *DMF* 1995, p. 339
- ROBERT J., Note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 1963, (*Gosset*), *D* 1963, p. 545
- RODIERE R., « L'association du destinataire au contrat de transport », *BT* 1976, p. 360 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 1978, *JCP* 1980, II, 19315
- SANA-CHAILLE DE NERE S., Note sous Cass. 16 mars 2010, *DMF* 2010, p. 389 ; « Clause compromissoire : la fin justifie les moyens », obs. sur Montpellier, 15 mai 2007, *Navire Stella Prima*, *DMF* 2007, p. 783
- SCAPEL Ch., « Le principe "compétence-compétence" limité », *DMF* 2014, p. 107 ; « Lettre de garanties et compétence », *Gazette de la Chambre*, n° 14 – Automne 2007, p. 3
- SERAGLINI Ch., « L'apparence d'une convention d'arbitrage, condition au jeu de l'effet négatif du principe de compétence-compétence », *JCP E* 2014, p. 39 ; Note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 mars 2004, *Sté Uni-Kod c/ Sté Ouralkali*, *Rev. arb.* 2005, p. 959
- SIMON P., « La Philosophie de l'arbitrage maritime », *DMF* 1990, p. 448
- SINAY-CYTERMANN A., « Le sort des clauses attributives de juridiction insérées dans les connaissements » note sous l'arrêt Cass. com. 4 mars 2003, *JCP G* 2004, n° 19, II 10071, p. 841
- TASSEL Y., Note sous Rouen, 8 oct. 2002, *Navire Walka Mlodych*, *DMF* 2003, p. 547 ; « Le transport dans les ventes maritimes », in *Mélanges offerts à Pierre Bonassies*, Paris, Ed. Moreaux, 2001, p. 345 ; Note sous Aix-en-Provence, 8 janv. 1998, *DMF* 1998, p. 1026 ; « L'autonomie de la clause de juridiction », *DMF* 1995, p. 259 ; « Les clauses attributives de compétence », in *An. D. Maritime 1995*, Tome XIII, Centre du droit maritime, Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Nantes, 1995, p. 99 ; Note sous Cass. com., 29 nov. 1994, *Navire Stolt-Osprey*, *DMF* 1995, p. 218 ; Note sous Rouen, 8

juill. 1993, *Navire Johnny Two*, *DMF* 1994, p. 211 ; « De quelques difficultés présentées par les clauses de prorogation de compétence » note sous l'arrêt Rouen, 21 oct. 1992, *DMF* 1993, n° 529, p. 397 ; Note sous Rennes, 23 déc. 1992, *Navire Westfield*, *DMF* 1992, p. 298

TOSI J.-P., « Droit des transports et droits des consommateurs de transport », in *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1121, « L'adhésion du destinataire au contrat de transport », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, Vol. 2, p. 175

VALLANSAN J., « Livraison et adhésion du destinataire au contrat de transport », *LPA* 29 avril 1994, n° 51, p. 11

VENANDET G., « La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire », *JCP* 1989, I, p. 3391

En langue anglaise :

ABOUL-ENEIN M., “Maritime Arbitration according to the United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea”, *J. Int'l Arb.* 1997, vol. 14, n° 2, p. 87

AEBERLI P., “Jurisdictional disputes under the Arbitration Act 1996: a procedural route map”, *Arb. Int'l* 2005, vol. 21, n° 3, p. 253

ALCANTARA J. M., “An international panel of maritime arbitrators?” *J. Int'l Arb.* 1994, vol. 11, n° 4, p. 117 (118-119)

ALTARAS D., “Case of laws, incorporation and stay: Welex Ag v Rosa Maritime Ltd (“The Epsilon Rosa”) (No 1) & (No 2)”, *Arbitration* 2003, p. 67

ALVAREZ A.G., “Article II(2) of the NYC and the Courts”, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series 1998, N° 9, Kluwer Law International 1999, p. 11, p. 67

- BAATZ Y., “Jurisdiction and Arbitration in Multimodal Transport”, *Tul. Mar. L. J.* 2012, vol. 36, p. 643
- BACHAND Fr., “Does article 8 of the Model Law call for full or prima facie review of the arbitral tribunal’s jurisdiction?”, *Arb. Int’l* 2006, vol. 22, n° 3, p. 463
- BEKKER P. H. F., GINZBURG D., “The Rotterdam Rules and the Arbitration, Questions and warning signs”, *Disp. Res. J.* 2010, vol. 65, n° 65, p. 68
- BERGER K. P., “Re-examining the arbitration agreement: applicable law-consensus or confusion?”, in A. J. VAN DEN BERG (ed), *International arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series 2006, N° 13, Kluwer Law International 2007, p. 301
- BERLINGIERI F., “The effect on arbitration of recent international maritime law conventions”, in P. SANDERS (ed), *New trends in the development of international commercial arbitration and the role of arbitral and other institutions*, ICCA Congress Series 1982, N° 1, Kluwer 1983, p. 297
- BERNARDINI P., “Arbitration clauses: achieving effectiveness in the law applicable to the arbitration clause”, in A. J. VAN DEN BERG (ed), *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards; 40 years of application of the New York Convention*, ICCA Congress Series 1998, N° 9, Kluwer Law International 1999, p. 197
- BRADGATE R., WHITE F., “The Carriage of Goods by Sea Act 1992”, (56) *MLR* 1993, n° 1, p. 188
- BREKOULAKIS St., “The notion of the superiority of arbitration agreements over jurisdiction agreements: time to abandon it?”, *J. Int’l Arb.* 2007, vol. 24, n° 4, p. 341
- CACHARD O., “Maritime arbitration under the ICC Rules of Arbitration”, *Bull. ICC* 2011, vol. 22, n° 1, p. 31 ; “Jurisdictional issues in the Rotterdam Rules: balance of interests or legal paternalism?”, *EJCCL* 2010, vol. 2, n° 1-2, p. 1

- CLARK C. L. A., “London as an arbitration center”, *Arbitration* 1979, n° 45, vol. 2, p. 93
- COLLETT M. QC, “Maritime arbitration”, in LEW J. D. M. et al., *Arbitration in England*, Kluwer Law International, 2013, p. 145
- DAVIES M., “Litigation fights back : Avoiding the effect of arbitration clauses in charterparty bills of lading”, *JMLC* 2004, vol. 35, p. 617 ; “Forum selection clauses in maritime cases”, *Tul. Mar. L. J.* 2003, vol. 27, p. 367
- DEBATTISTA Ch., “Cargo claims and Bills of Lading”, in *Southampton on Shipping Law, Institute of Maritime Law*, London, Informa, 2008, p. 93
- DERAINS Y., (rap), “Possible conflict of laws rules and the rules applicable to the substance of the dispute”, in P. SANDERS (ed), *UNCITRAL’S Project for a model law on international commercial arbitration*, ICCA Congress Series 1983, N° 2, Kluwer Law and Taxation Publishers 1984, p. 169 (179)
- DI PIETRO D., “Validity of arbitration clauses incorporated by reference”, *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards*, GAILLARD E., DI PIETRO D., (Ed.), Cameron May, 2008, London, p. 355 ; “Incorporation of arbitration clauses by reference”, *J. Int’l Arb.* 2004, (21) vol. 5, p. 439
- FALL A., « Defence and Illustration of Lex Mercatoria in maritime arbitration – The Case Study of ‘‘Extra-Contractual Detention’’ in Voyage Charter-Party Disputes », *J. Int’l Arb.* 1998, vol. 15, n° 1, p. 83
- FINCH R., « London : Still the cornerstone of international commercial arbitration and commercial law ? », *Arbitration* 2004, vol. 70, n° 4, p. 256
- FORCE R., DAVIES M., “Forum selection clauses in international maritime contracts”, in DAVIES M. (Ed.), *Jurisdiction and forum selection in international maritime law, Essays in honor of Robert Force*, Kluwer, 2005, p. 1

- FORCE R., MAVRONICOLAS A. J., “Two models of maritime dispute resolution : litigation and arbitration”, *Tul. L. Rev.* 1991, vol. 65, p. 1461
- GOLDBY M., “The CMI Rules for electronic bills of lading reassessed in the light of current practices”, *LMCLQ* 2008, p. 56
- GRAFFI L., « International Arbitration Agreements ‘by reference’: a European Perspective », *Cahiers de l’arbitrage*, vol. III, 2006, p. 19
- GROSS P., “Separability Comes of Age in England : Harbour v Kansa and Clause 3 of the Draft Bill”, *Arb. Int’l* 1995, vol. 11, p. 85
- HARRIS B., “London maritime arbitration”, *Arbitration* 2011, vol. 77, n° 1, p. 116 ;
“Maritime arbitration: ad hoc v administered”, *Asian DR*, 2001, p. 6 ;
“Procedural reform in maritime arbitration”, *ADRLJ* 1995, n° 1, p. 18
- HARRIS B., SUMMERSKILL M., COCKERILL S., “London maritime arbitration”, *Arb. Int’l* 1993, vol. 9, n° 3, p. 275
- HERMANN G., The arbitration agreement as the foundation of arbitration and its recognition by the courts, *International Arbitration in a Changing World*, ICCA Congress Series 1993, N° 6, Kluwer Law and Taxation 1994, p. 41
- HOOPER Ch. D., « Arbitration », in Al. ZIEGLER, J. SCHELIN, S. ZUNARELLI (Ed.), *The Rotterdam Rules 2008, Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of goods Wholly or Partly by Sea*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2010, p. 321
- HOWARD T., “Carriage of the Goods by Sea Act 1992”, *JMLC* 1993, vol. 24, n° 1, p. 181
- HUMPHREYS G., HIGGS A., “An overview of the implications of the Carriage of the Goods by Sea Act 1992”, *JBL* 1993, p. 61
- KAUFMANN-KOHLER G., “Identifying and applying the law governing the arbitration procedure – The role of the law of the place of arbitration”, in A. J. VAN DEN BERG (ed), *Improving the efficiency of arbitration agreements and*

awards; 40 years of application of the New York Convention, ICCA Congress Series 1998, N° 9, Kluwer Law International 1999, p. 336

KIANTOU-PAMPOUKI A., « Current developments concerning the form of bills of lading », *RHDI* 47 (1994), p. 257

KOUSSOULIS St., « The electronic bill of lading: related issues in Greek law », (47) *RHDI* 1994, p. 277

LANDAU T., “The requirements of a written form for an arbitration agreement: when ‘written’ means ‘oral’”, in A. J. VAN DEN BERG (ed.), *International Commercial Arbitration: important contemporary questions*, ICCA Congress Series 2002, N° 11, Kluwer Law International 2003, p. 19

LEBOULANGER Ph., “The arbitration agreement: still autonomous?”, in A. J. VAN DEN BERG (ed.), *International arbitration 2006: Back to basics?*, ICCA Congress Series 2006, N° 13, Kluwer Law International 2007, p. 3

LEW J., “Achieving the dream: autonomous arbitration?”, in LEW J., MISTELIS L. (Ed.), *Arbitration insights*, Kluwer, 2007, p. 455

MANKOWSKI P., “The Rotterdam Rules - Scope of Application and Freedom of Contract”, *EJCCL* 2010, vol. 1-2, p. 11

MARRELLE F., “Unity and Diversity in International Arbitration: the case of maritime arbitration”, *Am. U. Int'l L. Rev.* 2005, vol. 20, p. 1055

MASOOD A., “Arbitration clauses, fairness, justice and commercial certainty”, *Arb. Int'l* 2010, vol. 26, n° 3, p. 409

McMAHON J., « The Hague Rules and incorporation of charter party arbitration clauses into bills of lading », *JMLC* 1970, vol. 2, p. 1

MEIJER G., “The Rotterdam Rules and the Arbitration”, *EJCCL* 2010, vol. 2, n° 1-2, p. 42

MOON M., “New Opportunities for Maritime Arbitration and Arbitrators”, *Arbitration* 2004, vol. 70, n° 4, p. 274

- MUKHERJEE P. K., BASU BAL A., « A Legal and Economic Analysis of the Volume Contract Concept under the Rotterdam Rules : Selected Issues in Perspective », *JMLC* 2009, vol. 40, n° 4, p. 579
- MUSTILL M. J., “Arbitration: History and background”, *J. Int’l Arb.* 1989, vol. 6, n° 2, p. 43
- OZDEL M., “Presumptions on the law governing the incorporation of forum selection clauses: should the putative applicable law lead the way?”, *JBL* 2011, v. 4, p. 357
- PALLARES L. S., “A brief approach to the Rotterdam Rules: between hope and disappointment”, *JMLC* 2011, vol. 42, p. 453
- RADICATI DI BROZOLO L., « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d’application semi-nécessaires », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 1
- REYNOLDS B., “Further thoughts on the Carriage of the Goods by Sea Act 1992 (UK)”, *JMLC* 1994, vol. 25, n° 1, p. 143 ; “Carriage of the Goods by Sea Act 1992”, *LMCLQ* 1993, p. 436
- RICCOMAGNO M., « The maritime arbitration: general characteristics and its specificity in the Mediterranean area », *Leb. Rev. A.* 2000, n° 13, p. 54 ; « Maritime Arbitration », *Arbitration* 2004, vol. 70, n° 4, p. 267
- RICHTER R., “Validity of Bill of Lading arbitration clauses (Hambourg Rules)”, in *New Trends in the Development of international commercial arbitration*, ICCA Congress Series 1982, N° 1, Kluwer 1983, p. 337
- SAMUEL A., “Separability in English Law – Should an arbitration Clause be regarded as an Agreement Separate and Collateral to A contract in Which it is contained?”, *Arb. Int’l* 1986, vol. 3, n° 3, p. 85
- SANDERS P., “The History of the New York Convention”, in A. J. VAN DEN BERG (ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of application of the New York Convention*, ICCA Congress Series 1998, N° 9, Kluwer Law International 1999, p. 11 ; « L’autonomie de la clause

- compromissoire », in *Hommage à Frédéric Eisemann*, Chambre du commerce internationale, 1978, p. 31
- SCHLOSSER K., « Arbitration Clauses in Maritime Contracts and their Binding Effect on Groups of Companies », *J. Int'l Arb.*, 1994, vol. 11, Issue 4, p. 127
- SCHMITZ T., « The bill of lading as a document of title », *J.I.T.L. & P.* 2011, p. 255
- SCHRAMM D., GEISINGER EI., PINSOLLE Ph., “Article II”, in KRONKE H. et al. (Dir.), *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: A global commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, p. 36
- STONE M., “A paradox in the theory of arbitration”, *Arb. J.* 1966, n. 21, p. 156
- STURLEY M.-F., “General Principles of Transport Law and the Rotterdam Rules”, *EJCL* 2010, vol. 2, n° 1-2, p. 98
- SUMMERSKILL M., « The London Maritime Arbitrators' Association », *Arbitration* 1985, vol. 51, n° 4, p. 503
- SVERNLOV C. M., “The Evolution of the Doctrine of Separability in England: Now Virtually Complete?”, *J. Int'l Arb.* 1992, vol. 9, n° 3, p. 115
- TRAPPE J., “Legal issues in maritime arbitration”, in P. SANDERS (ed), *New trends in the development of international commercial arbitration and the role of arbitral and other institutions*, ICCA Congress Series 1982, N° 1, Kluwer 1983, p. 314
- TREITEL G.H., « Passing of Property under c.i.f. contracts and the Bills of Lading Act 1855 », *LMCLQ* 1990, n° 1, p. 1
- TODD P., “Incorporation of arbitration clauses into Bills of lading”, *JBL* 1997, p. 331
- VAN BOOM W. H., “Certain legal aspects of Electronics Bills of Lading”, 32 *ETL* 1997, p. 9
- VAN DEN BERG A. J., “The New York convention: Its Intended Effects, Its Interpretation, Salient Problem Areas”, *ASA Special Series* 1996, N° 9, p. 25

- WAGENER M., “Legal certainty and the incorporation of charterparty arbitration clauses in Bills of lading”, *JMLC* 2009, vol. 40, n° 1, janv., p. 115
- WALDRON A.J., “The Hambourg Rules – A Boondoggle for Lawyers”, *JBL* 1991, p. 305
- WILNER G., “The Revised Hague Rules on Bills of Lading”, *Arb. J.* 1977, vol. 32, p. 35
- TETLEY W. Q.C., “Arbitration & Jurisdiction in carriage of Goods by Sea and Multimodal transport – Can we have international uniformity?”, *Droit Européen de Transport* 1998, vol. XXXIII, n° 6 p. 737
- TWEEDDALE A., TWEEDDALE K., “Incorporation of arbitration clauses revisited”, *Arbitration* 2010, vol. 76, n° 4, p. 656
- TWEEDDALE A., “Incorporation of arbitration clauses”, *Arbitration* 2002, vol. 68, n° 1, p. 48
- YANG Ph., “Multi-party maritime arbitration”, *ADRLJ* 1995, Part 1, March, p. 31
- ZEKOS G., “The Negotiability of Bills of Lading and their Contractual Role under Greek, English and United States Law”, *Managerial Law* 1994, vol, 36, n°. 1, p. 3

En langue grecque :

- APALAGAKI Ch., « Γνήσια σύμβαση υπέρ τρίτου. Δέσμευση τρίτου από τη ρήτρα παρεκτάσεως που περιλήφθηκε στη σύμβαση » [« Stipulation pour autrui. Engagement du tiers par la clause de prorogation de compétence insérée dans le contrat »], *Ελλ.Δνη.* 1993, p. 266
- AVRAMEAS P., « Η ενσωμάτωση των ρητρών του ναυλοσυμφώνου στη φορτωτική » [« L’incorporation des clauses de la charte-partie au connaissance »], (5) *Ναυτ.Δ.* 2003, p. 363

DIMOLITSA A., « Σχετικά με τη διάκριση «εγγράφου» και «υπογραφής» εν όψει της δεσμευτικότητας της διαιτητικής συμφωνίας (με αφορμή την απόφαση ΑΠ 544/1996, ΔΕΕ 1997, 733) » [« De la distinction de l'« écrit » et de la « signature » par rapport à la validité d'une convention d'arbitrage (à l'occasion de l'arrêt de la Cour de cassation [grecque] 544/1996, ΔΕΕ 1997, p. 733], ΔΕΕ 1997, p. 785

KERAMEAS C., KOUSSOULIS St., « Εφαρμοστέο δίκαιο και έκταση συμφωνίας περί διαιτησίας (γνωμ.) » [Droit applicable et champ d'application de la convention d'arbitrage (avis jur.)], ΔΕΕ 2006, p. 25

KERAMEAS C., « Juridiction internationale en matière de droit maritime dans les pays européens et notamment en Grèce » [« Διεθνής Δικαιοδοσία επί διαφορών ναυτικού δικαίου στις ηπειρωτικές χώρες και ιδίως στην Ελλάδα], Νομ. Β. 1983, vol. 31, p. 28

KIANTOU-PAMPOUKI A., « Η θαλάσσια φορτωτική ως αξιόγραφο » [« Le connaissance maritime en tant que titre cambiaire »], Επισκ.Ε.Δ. Β/2005, p. 283 ; « Ζητήματα από την ηλεκτρονική φορτωτική » [Réflexions sur le connaissance électronique »], in 7^e Colloque hellénique en Droit Commercial, L'application de la technologie moderne en droit commercial, Sakkoulas, Athènes-Komotini, 1998, p. 155

KORONTZIS I., « Η ρήτρα διεθνούς δικαιοδοσίας στη θαλάσσια φορτωτική και στη σύμβαση ναυτολόγησης » [La clause d'attribution de compétence dans le connaissance maritime et le contrat d'affrètement], Ελλ.Ανη. 1997, p. 7

KOUSSOULIS St., « Το πλαίσιο της διεθνούς εμπορικής ναυτικής διαιτησίας στην Ελλάδα », [« Le cadre de l'arbitrage commercial maritime international en Grèce »], Πειρ. Νομ. 2005, t. 27/2, p. 133 ; « Προϋποθέσεις κύρους συμφωνίας παρεκτάσεως που περιέχεται στους έντυπους όρους φορτωτικής » [Condition de validité de clause de prorogation de compétence insérée dans les conditions imprimées du connaissance], Ε.Εμπ.Δ. 1998, p. 218

OIKONOMOPOULOU G., « Η αυτοτέλεια της συμφωνίας περί διαιτησίας » [« L'autonomie de la convention d'arbitrage »], Dike 1974, p. 691

- PAMPOUKIS Ch., « Η αξιολογική ενσωμάτωση μπροστά στη σύγχρονη τεχνολογία, Προβληματισμός σχετικά με τη θαλάσσια φορτωτική », [« Les documents négociables et les nouvelles technologies, Réflexion sur le connaissance maritime »], *Επισκ.Ε.Δ.* Γ/2007, p. 679
- PAPADOYIANNIS G., « Ισχύς των ρητρών διαιτησίας και παρεκτάσεως αρμοδιότητος έναντι των τρίτων εκδοχέων απαιτήσεως ή κοιμιστών τίτλου εξ οπισθογραφήσεως » [« La validité des clauses d'arbitrage et de prorogation de compétence à l'égard des tiers cessionnaires de créance ou des porteurs des titres par endossements »], *Νομ.Β.* 1995, t. 43, p. 312
- STAMATOPOULOS V., « Η αυτονομία της σύμβασης διαιτησίας » [« L'autonomie de la convention d'arbitrage »], *Dike international* 2008, p. 1196
- TSAVDARIDIS A., « Η αντιμετώπιση των διαιτητικών ρητρών ενσωματώσεως εξ επόμεως ιδιωτικού διεθνούς δικαίου » [« Les clauses d'arbitrage par référence du point de vue du droit international privé »], *Ε.Εμπ.Δ.* 2007, p. 205
- TSIKOURI M., « Ζητήματα τύπου της συμφωνίας περί διαιτησίας (κατά τον ΚΠολΔ και τη Σύμβαση της Νέας Υόρκης) », [« La forme de la convention d'arbitrage (selon le CPC et la Convention de New York) », (12) *ΔΕΕ* 1998, p. 1198
- FOUSTOUKOS A., « Το κύρος της συμφωνίας για διαιτησία και ο έλεγχος του » [« La validité de convention d'arbitrage et son contrôle »] in *Διαιτησία (Μελέτες, Άρθρα, Παρεμβάσεις) [Arbitrage (Etudes, Articles, Interventions)]*, Athènes – Komotini, Sakkoulas, 2000, p. 15
- FOUSTOUCOS A., « Προϋποθέσεις κύρους της διαιτητικής συμφωνίας στη διεθνή εμπορική διαιτησία » [« Conditions de validité de la convention d'arbitrage dans l'arbitrage commercial international »], *Νομ. Β.* 1988 (36), p. 1370

Sources internet

- ALCANTARA J. et al., « Particular concerns with regard to the Rotterdam Rules », April 2010, (p. 7),

<http://www.comitemaritime.org/Uploads/Rotterdam%20Rules/Particular%20concerns%20-%20Rotterdam%20Rules.pdf>. (consulté le 12/03/2014)

CACHARD O., « Le connaissance électronique : du document au registre informatique. Approche des difficultés liées à la dématérialisation », <http://www.lexmaritima.net/travaux/billovlad.html> (consulté le 12/03/2014)

STURLEY M. F., « Jurisdiction under the Rotterdam Rules », <http://www.rotterdamrules2009.com/cms/uploads/Def.%20tekst%20Michael%20Sturley%2023%20OKT29.pdf> (consulté le 12/03/2014)

Documents officiels, Rapports

En langue française :

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONAL, *Incoterms 2010, Les règles de l'ICC pour l'utilisation des termes de commerce nationaux et internationaux*, Paris, ICC Publication, 2010

CHAMBRE DU COMMERCE INTERNATIONAL, *Règles et usances uniformes de la CCI relatives au crédit documentaire*, Révision 1993, Paris, ICC Publication, 1993

Loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996, Publications des Nations Unies, 1999

Law Commission Report, Rights of Suit in Respect of Carriage of Goods by Sea, LawCom N° 196 (Scot LawCom N° 130)

Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York, le 10 juin 1958, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international le 7 juillet 2006, à sa 39^e session, publiée dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément no 17 (A/61/17)*, annexe II

En langue anglaise :

Departmental Advisory Committee Report on Arbitration Bill 1996 & Supplementary Report on The Arbitration Act 1996, Janvier, 1997, (“DAC Report”)

Report of the United Nations Commission on international trade law on the work of its thirty-ninth session, 19 June-7 July 2006, A/61/17

Report of the UNCITRAL Working Group III, A/CN.9/616

Report of the United Nations Commission Working group III on transport law, 9th session, A/CN.9/510

ICCA’s guide to the interpretation of the 1958 New York Convention, A handbook for judges, ICCA, 2011

En langue grecque:

Σχέδιο Πολιτικής Δικονομίας [Projet du Code de la Procédure civile]

Annexe 1. « Connaissance de ligne régulière CMA CGM »

SHIPPER		DRAFT BILL OF LADING			VOYAGE NUMBER	
					BILL OF LADING NUMBER	
CONSIGNEE		EXPORT REFERENCES				
NOTIFY PARTY. Carrier not to be responsible for failure to notify		 CARRIER: CMA CGM - Société Anonyme au capital de 175 000 000 euros Head Office: 4, quai d'Arenco - 13002 Marseille - France Tel: (33) 4 88 91 90 00 - Fax: (33) 4 88 91 90 95 - Telex: 401 667 F B 562 024 422 R.C.S. Marseille				
PRE CARRIAGE BY*	PLACE OF RECEIPT*	FREIGHT TO BE PAID AT		NUMBER OF ORIGINAL BILLS OF LADING		
		MARSEILLE		THREE (3)		
OCEAN VESSEL	PORT OF LOADING	PORT OF DISCHARGE	FINAL PLACE OF DELIVERY*			
	DOUALA	MARSEILLE				
MARKS AND NOS CONTAINER AND SEALS	NO AND KIND OF PACKAGES	DESCRIPTION OF PACKAGES AND GOODS AS STATED BY SHIPPER SHIPPER'S LOAD STOW AND COUNT SAID TO CONTAIN		GROSS WEIGHT CARGO	TARE	MEASUREMENT
	1 x 20ST	1047 CARTONS		KGS 19386.000	KGS 2230	CBM 0.000
		808 CARTONS BATONS DE MANIOC (GROS) 16160 KG 239 CARTONS BATONS DE MANIOC BOBOLO (PETI) 3226 KG				
		FRET PAYABLE A DESTINATION Shipped on Board 17-SEP-2013 Groupe CMA CGM As agents for the Carrier				
Weight in Kgs Total: 1 CONTAINER(S)		Sheet 1 of 1		19386.000	2230	0.000
ABOVE PARTICULARS DECLARED BY SHIPPER. CARRIER NOT RESPONSIBLE.						
ADDITIONAL CLAUSES						
4. Cargo at port is at receiver risk, expenses and responsibility		consignee and the holder of the bill of lading, as the case may be) confirms his express acceptance of all the terms and conditions of this bill of lading and expressly confirms his unconditional and irrevocable consent to the possible carriage of the goods on the deck of any vessel.				
5. FCL		274. The Merchant is responsible for returning any empty container, with interior clean at the designated place, and within 60 days following to the date of release, failing which the container shall be construed as lost. The Merchant shall be liable to indemnify the Carrier for any loss or expense whatsoever arising out of the foregoing, including but not limited to liquidated damages equivalent to the sound market value - or the depreciated value due by the Carrier to a container lessor. The Carrier is entitled to collect a deposit from the Merchant at the time of release of the container which shall be remitted as security for payment of any sums due to the Carrier, in particular for payment of all detention and demurrage and/or container indemnity as referred above.				
77. THC at destination payable by consignees as per line/point tariff						
84. Ground rent/storages costs at POD for Consignee's account according to port rates.						
194. For the purpose of the present carriage, clause 14(2) shall exclude the application of the York/Antwerp rules, 2004.						
202. Demurrage and detention payable by the Merchant as per CMA CGM tariff available on the web site www.cma-cgm.com, or in any of CMA CGM agency						
216. Mis-declaration of cargo weight endangers crew, port workers and vessels' safety. Your cargo may be weighed at any place and time of carriage and any mis-declaration will expose you to claims for all losses, expenses or damages whatsoever resulting thereof and be subject to freight surcharge.						
225. The shipper acknowledges that the Carrier may carry the goods identified in this bill of lading on the deck of any vessel and in taking remittance of this bill of lading the Merchant (including the shipper, the						
<p>RECEIVED by the carrier from the shipper in apparent good order and condition (unless otherwise noted herein) the total number or quantity of Containers or other packages or units indicated above stated by the shipper to comprise the cargo specified above for transportation subject to all the terms hereof (including the terms on page one) from the place of receipt or the port of loading, whichever is applicable, to the port of discharge or the place of delivery, whichever is applicable. Delivery of the Goods will only be made on payment of all Freight and charges. On presentation of this document (duly endorsed) to the Carrier, by or on behalf of the holder, the rights and liabilities arising in accordance with the terms hereof shall (without prejudice to any rule of common law or statutes rendering them binding upon the shipper, holder and carrier) become binding in all respects between the Carrier and Holder as though the contract contained herein or evidenced hereby had been made between them.</p> <p>All actions against Carrier under the contract of Carriage evidenced by this Bill of Lading shall be brought before the "Tribunal de Commerce de MARSEILLE" and no other Court shall have jurisdiction with regards to any such action. Actions against the Merchant under the contract of Carriage evidenced by this Bill of Lading may be brought before the "Tribunal de Commerce de MARSEILLE" or, in Carrier's sole discretion, in another court of competent jurisdiction.</p> <p>In witness whereof three (3) original Bills of Lading, unless otherwise stated above, have been issued, one of which being accomplished, the others to be void.</p> <p style="text-align: center;">(OTHER TERMS AND CONDITIONS OF THE CONTRACT ON PAGE ONE)</p>						
PLACE AND DATE OF ISSUE	DOUALA	17 SEP 2013	SIGNED FOR THE CARRIER CMA CGM S.A. BY Groupe CMA CGM as agents for the carrier CMA CGM S. A.			
SIGNED FOR THE SHIPPER						
*APPLICABLE ONLY WHEN THIS DOCUMENT IS USED AS A COMBINED TRANSPORT BILL OF LADING						

Annexe 2. « Connaissance Congenbill 2007 »

Revised 1994, 2007 (V)	 BIMCO		BILL OF LADING To be used with charter parties Page 1	
Shipper		Bill of Lading No.	Reference No.	
Consignee		Vessel		
Notify address		Port of loading		
		Port of discharge		
Shipper's description of goods		Gross weight		
(of which on deck at shipper's risk; the Carrier not being responsible for loss or damage howsoever arising)				
Freight payable as per CHARTER PARTY dated:		SHIPPED at the Port of Loading in apparent good order and condition on the Vessel for carriage to the Port of Discharge of so near thereto as the Vessel may safely get the goods specified above.		
FREIGHT ADVANCE Received on account of freight:		Weight, measure, quality, quantity, condition, contents and value unknown. IN WITNESS whereof the Master or Agent of the said vessel has signed the number of Bills of Lading indicated below all of this tenor and date, any one of which being accomplished the others shall be void. FOR CONDITIONS OF CARRIAGE SEE OVERLEAF.		
		Date shipped on board	Place and date of issue	Number of original Bills of Lading
		Signature: Or (i) Master Master's name and signature Or (ii) as Agent for the Master Agent's name and signature Or (iii) as Agent for the Owner* Agent's name and signature Owner *If option (iii) filled in, state Owner's name above		

Copyright, published by BIMCO, Copenhagen

CONGENBILL 2007

BILL OF LADING

To be used with charter parties

Page 2

Conditions of Carriage

- (1) All terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, including the Law and Arbitration Clause/Dispute Resolution Clause, are herewith incorporated.

(2) **General Paramount Clause**

The International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading signed at Brussels on 25 August 1924 ("the Hague Rules") as amended by the Protocol signed at Brussels on 23 February 1968 ("the Hague-Visby Rules") and as enacted in the country of shipment shall apply to this Contract. When the Hague-Visby Rules are not enacted in the country of shipment, the corresponding legislation of the country of destination shall apply, irrespective of whether such legislation may only regulate outbound shipments.

When there is no enactment of the Hague-Visby Rules in either the country of shipment or in the country of destination, the Hague-Visby Rules shall apply to this Contract save where the Hague Rules as enacted in the country of shipment or if no such enactment is in place, the Hague Rules as enacted in the country of destination apply compulsorily to this Contract.

The Protocol signed at Brussels on 21 December 1979 ("the SDR Protocol 1979") shall apply where the Hague-Visby Rules apply, whether mandatorily or by this Contract.

The Carrier shall in no case be responsible for loss of or damage to cargo arising prior to loading, after discharging, or while the cargo is in the charge of another carrier, or with respect to deck cargo and live animals.

(3) **General Average**

General Average shall be adjusted, stated and settled according to York-Antwerp Rules 1994 in London unless another place is agreed in the Charter Party.

Cargo's contribution to General Average shall be paid to the Carrier even when such average is the result of a fault, neglect or error of the Master, Pilot or Crew.

(4) **New Jason Clause**

In the event of accident, danger, damage or disaster before or after the commencement of the voyage, resulting from any cause whatsoever, whether due to negligence or not, for which, or for the consequence of which, the Carrier is not responsible, by statute, contract or otherwise, the cargo, shippers, consignees or the owners of the cargo shall contribute with the Carrier in General Average to the payment of any sacrifices, losses or expenses of a General Average nature that may be made or incurred and shall pay salvage and special charges incurred in respect of the cargo. If a salving vessel is owned or operated by the Carrier, salvage shall be paid for as fully as if the said salving vessel or vessels belonged to strangers. Such deposit as the Carrier, or his agents, may deem sufficient to cover the estimated contribution of the goods and any salvage and special charges thereon shall, if required, be made by the cargo, shippers, consignees or owners of the goods to the Carrier before delivery.

(5) **Both-to-Blame Collision Clause**

If the Vessel comes into collision with another vessel as a result of the negligence of the other vessel and any act, neglect or default of the Master, Marine, Pilot or the servants of the Carrier in the navigation or in the management of the Vessel, the owners of the cargo carried hereunder will indemnify the Carrier against all loss or liability to the other or non-carrying vessel or her owners in so far as such loss or liability represents loss of, or damage to, or any claim whatsoever of the owners of said cargo, paid or payable by the other or non-carrying vessel or her owners to the owners of said cargo and set-off, recouped or recovered by the other or non-carrying vessel or her owners as part of their claim against the carrying Vessel or the Carrier.

The foregoing provisions shall also apply where the owners, operators or those in charge of any vessel or vessels or objects other than, or in addition to, the colliding vessels or objects are at fault in respect of a collision or contact.

For particulars of cargo, freight, destination, etc., see overleaf

Annexe 3. « Connaissance Scanconbill 1993 »

Shipper _____

BILL OF LADING

Reference No. _____

Page 2

to be used for shipments chartered on the "Scancon" Charter
Code Name: "Scanconbill"
Edition 1993

Consigned to order of _____

Please notify _____

Vessel _____ Port of loading _____

Port of discharge _____

Number of original Bs/L _____

Shipper's description of goods _____

Gross weight _____

(of which _____
only be responsible as stated overleaf)

on deck for which the Carrier shall

Freight and other conditions of carriage as per
CHARTER PARTY dated _____

FREIGHT ADVANCE.
Received on account of freight:

Time used for loading _____ days _____ hours.

SHIPPED in apparent good order and condition on board the
Vessel for carriage to the port of discharge or if prevented from entering
such port by unforeseeable hindrances then so near thereto as she may
safely get, the goods specified above to be delivered in the like good
order and condition.

For Conditions of Carriage see overleaf.

Place and date of issue _____

Signed by _____

Printed by the BIMCO Charter Party Editor

Conditions of Carriage

All the terms, conditions, liberties, and exceptions of the Charter Party dated as overleaf are herewith incorporated.

General Paramount Clause

- (a) The International Brussels Convention 1924 as amended by the Protocol signed at Brussels on February 23rd, 1968 - the Hague-Visby Rules - shall apply to this Contract.
- (b) However, in circumstances in which the Hague-Visby Rules are not compulsorily applicable to claims under Bills of Lading issued pursuant to the Charter, the International Brussels Convention 1924 - the Hague Rules - shall apply to this Contract.
- (c) In respect of deck cargo the above shall apply, but the Carrier shall only be responsible if it be proved that the damage or the loss is due to the actual fault or neglect of the Carrier or of someone for whom he is responsible.
- (d) The Carrier shall in no case be responsible for loss of or damage to cargo arisen prior to loading and after discharging.

General Average

General Average shall be settled according to York-Antwerp Rules 1974 as amended 1990 or any modification thereof.

Amended Jason Clause

In the event of accident, danger, damage, or disaster before or after commencement of the voyage resulting from any cause whatsoever, whether due to negligence or not, for which or for the consequence of which the Carrier is not responsible by statute, contract, or otherwise, the cargo, shippers, consignees, or owners of the cargo shall contribute with the Carrier in General Average to the payment of any sacrifices, losses or expenses of a General Average nature that may be made or incurred, and shall pay salvage and special charges incurred in respect of the cargo. If a salving ship is owned or operated by the Carrier, salvage shall be paid for as fully as if the salving ship or ships belong to strangers.

Both-to-Blame Collision Clause

If the Vessel comes into collision with another ship as a result of the negligence of the other ship and any act, neglect or default of the Master, Mariner, Pilot or the servants of the Carrier in the navigation or in the management of the Vessel, the owners of the cargo carried hereunder will indemnify the Carrier against all loss or liability to the other or non-carrying ship or her owners in so far as such loss or liability represents loss of, or damage to, or any claim whatsoever of the owners of said cargo, paid or payable by the other or non-carrying ship or her owners to the owners of said cargo and set-off, recouped or recovered by the other or non-carrying ship or her owners as part of their claim against the carrying vessel or Carrier. The foregoing provisions shall also apply where the owners, operators or those in charge of any ship or ships or objects other than, or in addition to, the colliding ships or objects are at fault in respect of a collision or contact.

Weight, measure, quality, quantity, condition, contents and value unknown.

IN WITNESS whereof the Master or Agent of the said Vessel has signed the number of Bills of Lading stated overleaf, any one of which being accomplished the others to be void.

For particulars of cargo, freight, destination, etc., see overleaf.

This computer generated form is printed by authority of BIMCO. Any insertion or deletion to the form must be clearly visible. In event of any modification being made to the preprinted text of this document, which is not clearly visible, the original BIMCO approved document shall apply. BIMCO assume no responsibility for any loss or damage caused as a result of discrepancies between the original BIMCO document and this document.

Annexe 4. « Règles de Hambourg » (Article 22)

Article 22. – Arbitrage

1. Sous réserve des dispositions du présent article, les parties, peuvent prévoir, par un accord constaté par écrit, que tout litige relatif au transport de marchandises en vertu de la présente Convention sera soumis à l'arbitrage.
2. Lorsqu'un contrat d'affrètement contient une disposition prévoyant que les litiges découlant de son exécution seront soumis à l'arbitrage et qu'un connaissement émis conformément à ce contrat d'affrètement ne spécifie pas par une clause expresse que cette disposition lie le porteur du connaissement, le transporteur ne peut pas opposer cette disposition à un détenteur de bonne foi du connaissement.
3. La procédure d'arbitrage est engagée, au choix du demandeur: *a)* Soit en un lieu sur le territoire d'un Etat dans lequel est situé: *i)* L'établissement principal du défendeur, ou, à défaut, sa résidence habituelle; ou *ii)* Le lieu où le contrat a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu; ou *Hi)* Le port de chargement ou le port de déchargement. *b)* Soit en tout autre lieu désigné à cette fin dans la clause ou le pacte compromissoire.
4. L'arbitre ou le tribunal arbitral applique les règles de la présente Convention.
5. Les dispositions des paragraphes 3 et 4 du présent article sont réputées incluses dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte qui y serait contraire est nulle.
6. Aucune disposition du présent article n'affecte la validité d'un accord relatif à l'arbitrage conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport par mer.

Annexe 5. « Règles de Rotterdam » (Articles 75 à 78)

Article 75

Conventions d'arbitrage

1. Sous réserve du présent chapitre, les parties peuvent convenir que tout litige susceptible de naître à propos du transport de marchandises en vertu de la présente Convention sera soumis à l'arbitrage.
2. La procédure d'arbitrage se déroule, au choix de la personne faisant valoir un droit contre le transporteur:
 - a) En tout lieu désigné à cette fin dans la convention d'arbitrage; ou
 - b) En tout autre lieu situé dans un État où se trouve l'un quelconque des lieux suivants:
 - i) Le domicile du transporteur;
 - ii) Le lieu de réception convenu dans le contrat de transport;
 - iii) Le lieu de livraison convenu dans le contrat de transport; ou
 - iv) Le port où les marchandises sont initialement chargées sur un navire ou le port où elles sont finalement déchargées d'un navire.
3. La désignation du lieu de l'arbitrage dans la convention d'arbitrage a force obligatoire pour les litiges entre les parties à cette convention si elle est contenue dans un contrat de volume qui indique clairement le nom et l'adresse des parties et soit:
 - a) A fait l'objet d'une négociation individuelle; soit
 - b) Indique de manière apparente qu'une convention d'arbitrage a été conclue et spécifie dans quelles clauses du contrat elle se trouve.
4. Lorsqu'une convention d'arbitrage a été conclue conformément au paragraphe 3 du présent article, une personne qui n'est pas partie au contrat de volume est liée par la désignation du lieu de l'arbitrage dans cette convention uniquement si:
 - a) Le lieu de l'arbitrage désigné dans la convention correspond à l'un des lieux mentionnés à l'alinéa b) du paragraphe 2 du présent article;
 - b) La convention est contenue dans le document de transport ou le document électronique de transport; c) Cette personne est dûment avisée, en temps utile, du lieu de l'arbitrage; et
 - d) La loi applicable prévoit que cette personne peut être liée par la convention d'arbitrage.
5. Les dispositions des paragraphes 1, 2, 3 et 4 du présent article sont réputées incluses dans toute clause ou pacte compromissaire, et toute disposition de la clause ou du pacte est nulle dans la mesure où elle y serait contraire.

Article 76

Convention d'arbitrage dans le transport autre que de ligne régulière

1. Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur le caractère obligatoire d'une convention d'arbitrage figurant dans un contrat de transport dans un transport autre que de ligne régulière auquel la présente Convention ou les dispositions de la présente Convention s'appliquent:

a) Par le jeu de l'article 7; ou

b) Du fait que les parties ont volontairement incorporé la présente Convention dans un contrat de transport qui autrement n'y serait pas soumis.

2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, une convention d'arbitrage dans un document de transport ou dans un document électronique de transport auquel la présente Convention s'applique par le jeu de l'article 7 est soumise au présent chapitre sauf si ce document:

a) Identifie les parties à la charte-partie ou à un autre contrat exclu du champ d'application de la présente Convention par le jeu de l'article 6 et indique la date de cette charte-partie ou de ce contrat; et

b) Incorpore par référence expresse la clause de la charte-partie ou de l'autre contrat qui contient les termes de la convention d'arbitrage.

Article 77

Convention d'arbitrage après la naissance d'un litige

Nonobstant les dispositions du présent chapitre et du chapitre 14, après la naissance d'un litige, les parties à ce litige peuvent convenir de soumettre celui-ci à l'arbitrage en quelque lieu que ce soit.

Article 78

Application du chapitre 15

Les dispositions du présent chapitre ne lieront que les États contractants qui, conformément à l'article 91, déclarent qu'ils s'y soumettront.

Index Analytique

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

-A-

Adhésion du destinataire (V. Destinataire)

Affrètement : 26, 32, 34

Arbitrage :

- Nature autonome : 99, 113, 121
- Nature contractuelle : 96
- Nature mixte : 98
- Nature juridique : 95, 102, 383, 388

Arbitre :

- Absence de for : 109

Assureur : 88

Autonomie (V. Principe d'autonomie)

-B-

Bomar Oil (I, II) : 343, 353, 355, 357 et suiv.

Bonne foi : 53, 60

-C-

Cession (V. Contrat de transport maritime)

Chambre arbitrale maritime de Paris : 401 et suiv.

Chargeur : 59, 63, 315, 318 et suiv.

Charte-partie : 32, 41

- « Back-to-back » charter-party: 49

Clause attributive de juridiction : 49, 316, 376

Clause paramount : 142, 154, 167

Cohérence : 19

Commerçant : 11, 26, 174, 315, 387

Compatibilité (V. Droit applicable)

Compétence (V. Principe de compétence-compétence)

Conflit de lois (V. Normes applicables)

Connaissance : 33

- Électronique : 206 et suiv.
- de Charte-partie : 34, 41, 178
- « Short-form » : 40, 48
- Signature : 189, 201 et suiv., 316
- Titre littéral : 51, 55

- Titre négociable : 36, 38, 50, 52, 53

Consentement (V. Convention d'arbitrage)

Contrat de transport maritime de marchandises : 26, 33

- Cession : 82, 408
- Contrat tripartite : 74, 380, 386
- de Ligne régulière : 32, 40, 47, 54, 63, 171, 178
- Stipulation pour autrui : 86, 411

Contrat de volume : 164, 176, 178

Convention d'arbitrage :

- Circulation : 53, 320
- Consentement : 104, 122, 364, 376, 382, 391
- Consensualisme : 186 et suiv., 352, 359, 360 et suiv.
- Formalisme (Écrit) : 53, 176 et suiv., 186 et suiv., 188, 359
- Germane (clause intrinsèque) : 326, 341
- Incorporation : 47, 332, 318, 334, 357 et suiv.
- Opposabilité : 185, 320, 323, 342, 378, 385
- Par référence générale ou spécifique : 312, 324, 331, 355, 401
- Principe d'autonomie : 94 et suiv., 113, 121
- Signature : 201 et suiv.

- Transmission : 104, 388, 408 et suiv.

- Validité : 114, 121, 122, 347

Convention de New York : 112, 147, 158, 194, 308

-D-

Dalico : 121, 343

Depeçage : 101, 143, 322, 345, 374, 407

Destinataire : 70

- Tiers : 81 et suiv.
- Partie *ab initio* : 65, 76
- Partie adhérente : 69 et suiv., 347, 373, 381

Droit applicable (V. Normes applicables)

Droit comparé : 13, 18

Droit cambiaire : 50, 51

-E-

Écrit (V. Convention d'arbitrage)

Efficacité (V. Convention d'arbitrage)

Endossement : 40, 87, 331

-F-

Fret : 30, 72, 76, 86

-G-

Garantie (V. Lettre de garantie)

-I-

Incompétence (V. Principe de compétence-compétence)

Incorporation (V. Convention d'arbitrage)

-L-

Lindos : 396

Livraison : 51, 78

Lettre de garantie : 49*bis*

Lex maritima : 2

Loi applicable (V. Normes applicables)

-N-

Negligence clause : 54

Négociabilité (V. Négociable)

Normes applicables : 167, 173

- Compatibilité : 155, 156, 160
- Méthode de détermination : 107, 356
- Méthode conflictuelle : 145, 150
- Méthode matérielle : 148, 152
- Règles de conflits : 108, 111, 179
- Règles matérielles : 119

-O-

Obligation de renseignement / Droit d'information : 61, 392

Ordonnance de la Marine : 26

-P-

Particularisme : 1, 5, 9, 54, 90

Pella : 397

Portsmouth : 326, 328

Présomption : 315, 342, 366, 368

Principe d'autonomie (V. Convention compromissoire)

Principe de compétence-compétence : 124 et suiv.

Prodexport (I, II) : 358

-R-

Règles de conflits (V. Normes applicables)

Règles de Hambourg : 26*bis*, 142 et suiv., 163, 167, 177 et suiv., 193, 307

Règles de la Haye-Visby : 26*bis*

Règles de Rotterdam : 26*bis*, 153 et suiv., 164, 169, 177 et suiv., 180, 307, 392

-S-

Siège : 97, 163 et suiv., 172, 178

Signature (V. Convention d'arbitrage)

Stipulation pour autrui (V. Contrat de transport maritime)

Stolt Osprey : 379

-T-

Tiers porteur du connaissement : 164 et suiv., 171, 178, 321

Titres de transport maritime : 35 et suiv.

- Titres négociables (V. aussi Connaissement) : 40

- Titres non négociables : 43

Transmission de la convention d'arbitrage : 104, 388, 408 et suiv.

Transporteur : 49 *bis* et *ter*, 59 et suiv., 63

-U-

Usages : 336, 339, 366, 399

-V-

Validité (V. Convention d'arbitrage)



Résumé :

Cette étude porte sur la question de l'efficacité de la convention d'arbitrage à l'égard des opérateurs du transport maritime de marchandises. Dans un premier temps, la question qui se pose est celle de la détermination du droit applicable à l'efficacité de ladite clause. A cet égard, notre attention se concentre sur l'interprétation et l'application des principes propres à l'arbitrage international par la jurisprudence maritime. L'examen des clauses d'arbitrage insérées dans un contrat de transport maritime ne saurait échapper aux spécificités du droit de transport maritime ainsi qu'aux dispositions des conventions maritimes internationales. Par ailleurs, l'approche du sujet par la méthode comparative nous permettra de découvrir, à travers les solutions concrètes finalement retenues dans les trois systèmes juridiques en question, que l'effet juridique de la clause compromissoire est directement lié à la position contractuelle de ces opérateurs. Parmi les personnes impliquées dans le transport maritime, le destinataire des marchandises nous intéresse plus particulièrement. Ce dernier n'étant pas présent, en effet, au moment de la formation du contrat, les conditions de son engagement par une clause compromissoire insérée, presque toujours « par référence » dans le titre de transport, font l'objet d'un vif débat doctrinal et jurisprudentiel.

Descripteurs : Convention d'arbitrage – Contrat de transport maritime de marchandises – Connaissance de charte-partie – Destinataire de marchandises – Incorporation de convention d'arbitrage par référence – Efficacité de la convention d'arbitrage – Formalisme – Consensualisme – Droit comparé – France, Grèce, Royaume Uni.

Title and Abstract :

ARBITRATION AGREEMENT IN CONTRACTS OF CARRIAGE OF GOODS BY SEA: A COMPARATIVE STUDY OF FRENCH, GREEK AND ENGLISH LAW

This study is primarily focused on the enforceability of arbitration agreements incorporated in contracts of carriage of goods by sea. First, we will cover the important issue of determining the law applicable to these arbitration agreements. Special attention will be given to how courts tend to implement general international arbitration principles to maritime disputes. An arbitration agreement incorporated in a contract of carriage of goods by sea should also be analyzed in light of the specificities of maritime transport law and applicable international shipping conventions. Moreover, the comparative methodology used herein will show that the enforceability of arbitration agreements is closely related to the qualification of the operators involved in the contract. In particular, among the commercial players involved in the carriage of the goods, we sought to examine the legal position of the consignee of the goods. Indeed, since the consignee is absent at the moment of the contract formation, the binding effect thereupon of the arbitration agreement, which is generally incorporated "by reference" to the bill of lading, is highly debated by scholars and judges.

Keywords : Arbitration agreement – Contract of carriage of goods by sea – Bill of lading under Charter-Party – Cargo receiver – Incorporation of arbitration agreement by reference – Effect of arbitration agreement – Formal requirements – Consent – Comparative Law – France, Greece, United Kingdom.