

L'identification du transporteur maritime à l'épreuve de la qualification juridique

Yacouba Cissé

Volume 34, Number 1, 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027234ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027234ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Cissé, Y. (2004). L'identification du transporteur maritime à l'épreuve de la qualification juridique. *Revue générale de droit*, 34(1), 5–49.
<https://doi.org/10.7202/1027234ar>

Article abstract

How can an ocean carrier, responsible for damages caused to third party, be identified? This is the recurring question not yet adequately answered, nor addressed by international maritime transportation law. The following phenomena have greatly contributed to the opacity of oceanic commercial transportation law: they are flags of convenience, phantom ships, the sister-ship company, the marine insurance frauds, the corporate veils, chartering, contractual ambiguity or caveats inserted in charter-parties and bills of lading, the complacency of classifying societies and P & I clubs, etc. In short, maritime commercial practices have become so obscure that they fail to allow for the clear identification of maritime transport actors and more specifically that of the actual maritime transporter. This lack of transparency raises the whole question of the identification of the responsible maritime carrier. This essay will outline the state of the law in the area and the solutions most likely to properly address the questions raised.

L'identification du transporteur maritime à l'épreuve de la qualification juridique

YACOUBA CISSÉ

Chargé de cours à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Comment identifier le transporteur maritime responsable d'un préjudice causé aux tiers? Telle est la question posée de manière récurrente et à laquelle le droit international du transport maritime n'a pas encore apporté de solutions satisfaisantes. Les phénomènes suivants contribuent, dans une large mesure à renforcer l'opacité du droit du commerce maritime qui se réalise grâce au transport par voie de mer : il s'agit des pavillons de complaisance, des navires fantômes, des navires apparentés, des sociétés-écrans, des affrètements, des fraudes à l'assurance maritime, de l'ambiguïté des clauses ou des mentions insérées dans les chartes-parties et les connaissements, de la complaisance des

ABSTRACT

How can an ocean carrier, responsible for damages caused to third party, be identified? This is the recurring question not yet adequately answered, nor addressed by international maritime transportation law. The following phenomenons have greatly contributed to the opacity of oceanic commercial transportation law : they are flags of convenience, phantom ships, the sister-ship company, the marine insurance frauds, the corporate veils, chartering, contractual ambiguity or caveats inserted in charter-parties and bills of lading, the complacency of classifying societies and P & I clubs, etc. In short, maritime commercial practices have become so obscure that they fail to allow for the clear identification of maritime

sociétés de classification, etc. Bref, les pratiques commerciales maritimes sont devenues si obscures qu'elles n'apportent pas suffisamment d'éclairage quant à l'identité des acteurs du transport maritime et plus particulièrement sur celle du transporteur maritime. Ce manque de transparence pose toute la question de l'identification du transporteur maritime responsable. Cet essai présente l'état du droit en la matière et les solutions susceptibles de répondre le mieux aux problèmes soulevés.

transport actors and more specifically that of the actual maritime transporter. This lack of transparency raises the whole question of the identification of the responsible maritime carrier. This essay will outline the state of the law in the area and the solutions most likely to properly address the questions raised.

SOMMAIRE

Introduction.....	7
I. L'identification du transporteur maritime d'après les conventions internationales et les contrats maritimes	14
A. Les conventions internationales et les règles uniformes du Comité Maritime International	14
1. Les conventions internationales	14
2. Les règles uniformes du Comité Maritime International	16
B. Les contrats maritimes	19
1. La charte-partie et le connaissance.....	20
2. Le connaissance de charte-partie : un chevauchement de titres source de confusion	25
a) Problèmes liés au connaissance de charte-partie.....	26
b) Le connaissance sans en-tête : un besoin d'effacement d'identité	27

II. Des clauses élusives d'identité : les clauses « identity of carrier » et la « demise clause ».....	32
A. Problèmes posés.....	32
B. Un aperçu du droit comparé.....	34
1. L'identification du transporteur maritime en droit maritime anglais	35
2. L'identification du transporteur maritime en droit maritime canadien	38
3. L'identification du transporteur maritime en droit maritime américain	41
4. L'identification du transporteur maritime en droit maritime japonais	43
Conclusion	44

INTRODUCTION

Le transport maritime relève du droit international privé ou pour bien marquer la spécificité de son régime, du droit international privé maritime¹. Son particularisme tient à sa dimension internationale et la notion de service public international constitue l'une de ses caractéristiques essentielles. L'arrêt rendu par la Cour de cassation française en est une bonne illustration : une clause de non-responsabilité, admise par le droit belge, a été sanctionnée par le droit français. En l'espèce, les juges du fond devaient conclure que : « sans rechercher si les clauses de droit belge, applicable au contrat litigieux, étaient conformes à la conception française de l'ordre public international, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »². Cette affirmation de la Cour de Cassation vient rappeler combien l'ordre public de protection en matière de transport maritime, reste un principe cardinal du droit maritime international. Par conséquent l'ordre juridique

1. G. DIÉNA : « Principes du droit international privé maritime », (1935) 1 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 409.

2. *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation*, IV, n° 147.

interne doit être compatible avec le droit international des transports maritimes. Ce qui suppose que la vocation universelle des ressources et des services maritimes implique nécessairement une solidarité des hommes et des intérêts face aux expéditions maritimes exposées aux périls ou aux événements de la mer. La mutualisation des risques dans les assurances maritimes, la théorie des avaries communes, la règle traditionnelle de la limitation de responsabilité du propriétaire du navire, s'inscrivent dans le principe de la répartition des risques maritimes. Le développement de nouvelles technologies dans le commerce et le transport des marchandises par voie de mer ont rendu plus rapides et plus efficaces les transactions commerciales maritimes. Toutefois, ces progrès ont engendré des problèmes juridiques complexes tels que l'identification du transporteur maritime et toutes les nouvelles formes de manipulations documentaires dans l'industrie du *shipping* moderne. Aussi paradoxal³ que cela puisse paraître, les fraudes maritimes de toute nature sont devenues des pratiques courantes. On peut mentionner entre autres la falsification des crédits documentaires, l'apparition des navires sous pavillons de complaisance, le phénomène des navires apparentés ou *sister-ships* opérant en *single ship company* sans adresse fixe, les sous-affrètements propices à l'anonymat, le régime du mandat faisant de l'agent ou du capitaine un simple préposé du propriétaire du navire ou de l'affrèteur sans responsabilité légale vis-à-vis des tiers au contrat de transport maritime, etc. Les difficultés d'identification du transporteur maritime tiennent en outre à plusieurs facteurs : les ambiguïtés des clauses insérées dans les chartes-parties et les connaissements ; les problèmes liés aux contrats successifs et aux sous-affrètements ; les montages des compagnies maritimes fictives ou sociétés-écrans ; la loi du pavillon qui n'est pas toujours révélatrice de la nationalité du propriétaire du navire ; le phé-

3. I. ARROYO : « Maritime Fraud: Concept, Classification and Solution! » (1986-87) 3 *Yearbook Maritime Law* 5, p. 9 ; sur les fraudes maritimes voir aussi E. ELLEN, D. CAMPBELL : *International Maritime Fraud*, London, Sweet & Maxwell, 1981 ; cf. aussi *Juris Classeur Commercial*, ci-après cité J.C.C., vol. 7, 1993, pp. 13-14.

nomène des navires fantômes⁴; la transmission électronique des documents de transport, les clauses limitatives de responsabilité sous des formes diverses⁵ et aux contenus tout aussi ambigus, mais qui en réalité ne visent qu'un seul objectif : dégager, à travers des clauses de style, le transporteur maritime ou le navire de toute responsabilité ou tout au moins de réduire celle-ci au strict minimum.

La question se pose souvent de savoir qui a accompli le transport maritime à l'origine du préjudice et susceptible d'être poursuivi par les tiers porteurs des titres de transport⁶. Selon William Tetley, cette interrogation constitue le second problème majeur⁷ en droit des transports maritimes. Après l'épineuse question des assurances maritimes, le contrat d'affrètement qui sert à déterminer l'identité des parties, apparaît comme l'aspect le plus complexe⁸ du droit maritime international. La banalisation de la notion de propriété du navire est un autre phénomène qui ne permet pas toujours de situer les responsabilités des uns et des autres dans la chaîne de transport⁹. Le chevauchement entre les contrats maritimes, notamment entre la charte-partie et le connaissance, rend plus compliquée l'interprétation des

4. « In essence, a phantom vessel is one operated for fraudulent purposes by shipowner. The usual course of events is that the vessel takes on board its cargo and ostensibly leaves port bound for the port of delivery. En route delays are reported, and the vessel then disappears, never to be heard of again. In fact the vessel will have, by pre-arrangement, from the outset been bound for a quite different destination, at which the cargo is discharged and sold by the shipowner : the vessel then changes her name and repeats the process », dans *Shipping and Trade Law*, LLP, 2002, vol.2, n° 5, p. 2.

5. W. TETLEY : « Limitation, Non-Responsability and Disclaimer Clauses » (1986) 11 *The Maritime Lawyer* 203, p. 204.

6. Académie de Droit International de La Haye : Rapport du Centre d'Études et de Recherche de droit international et de Relations Internationales, *Le droit international des transports maritimes*, session de 1999, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2001, pp. 55-58.

7. W. TETLEY : *Marine Cargo Claims*, 3^e édition, Montréal, Yvon Blais, 1988, p. 233.

8. N.J.J. GASKELL, C. DEBATTISTA, R.J. SWATTON : *Chorley and Giles' Shipping Law*, 8th Edition, Great Britain, Pitman Publishing, 1987, p. 165.

9. M.R. GOUILLOU : « L'émanation maritime : pour sortir de la clandestinité », *Droit Maritime Français*, 1992, t. 44, p. 454. Ci-après *DMF*. On réfère ici à une formule du professeur R. GOUILLOU qui à notre avis reste, à ce propos fort pertinente : « ... compagnies à un seul navire, pavillon de complaisance et montages sociaux ôtent souvent aujourd'hui, toute signification à la propriété du navire. L'intérêt s'est déplacé : ce qui compte aujourd'hui n'est plus le propriétaire du navire, mais celui qui contrôle ce propriétaire ».

termes et conditions du contrat de transport maritime. Les règles de La Haye et celles de Hambourg relatives à la définition du transporteur maritime manquent de clarté¹⁰ et les nombreuses appellations pour désigner les principaux acteurs de l'industrie maritime ajoutent à la confusion. Ainsi, un armateur, n'est pas toujours propriétaire du navire. Il n'est pas forcément un transporteur maritime, même s'il peut le devenir. Il a cette qualité lorsqu'il devient armateur-fréteur ou armateur-co-fréteur. Comme le décrit si bien R. Gouilloud : « [s]ouvent le navire est exploité par deux armateurs dont l'action se superpose : ainsi en cas d'affrètement à temps, le propriétaire du navire, qui tire profit de son navire en le frétant, en est bien l'armateur; et l'affréteur à temps, qui, à son tour, exploite le navire en concluant contrats de transport et affrètements au voyage, l'est également. Pour dissiper la confusion, ce dernier est souvent, en pratique, qualifié d'armateur-affréteur par opposition à l'armateur-propriétaire »¹¹.

Un transporteur réel dans la conception du droit commun (common law) est celui qui a effectivement assuré le déplacement de la marchandise. En cela il se distingue du transporteur contractuel, c'est-à-dire qui a conclu le contrat de transport selon la conception civiliste. Il peut être un transporteur substitué ou apparent. La confusion est très apparente en ce sens que « [s]'il est vrai que peuvent se reconnaître la qualité d'armateur le propriétaire, l'affréteur à temps ou le transporteur, chaque terme renvoie à une fonction distincte, soumise à un régime juridique propre »¹². Il existe aussi le commissionnaire de transport ou commissionnaire-expéditeur¹³ qui est plus un professionnel de l'expédition plutôt que du transport. La distinction est à faire dans l'usage des notions telles que le transitaire, le transitaire-commissionnaire, le transitaire Non Vessel Operator Common Carrier (NVOCC), l'entrepreneur de transport, l'affréteur, le fréteur, le chargeur-affréteur, l'affréteur-fréteur,

10. J.O. HONNOLD : « Ocean Carriers and Cargo; Clarity and Fairness-Hague or Hamburg? », (1993) 24 *Journal of Maritime Law and Commerce* 75, pp. 86 et 87.

11. *DMF*, *supra*, note 9.

12. Cour de Cassation, chambre commerciale, 26 octobre 1999, *Navire Fatima*, Observation de I. CORBIER, *DMF* 2000, n° 601, p. 111.

13. J. PUTZEYS : *Droit des transports et droit maritime*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 62.

l'armateur, le propriétaire du navire, etc. Les fonctions de ces acteurs étant différentes et leurs statuts distincts, cela bien entendu ne permet pas toujours à l'expéditeur ou au consignataire de la marchandise avariée ou manquante de poursuivre le transporteur maritime réel dont l'identité, changeante au gré de ses intérêts, ne peut que rendre plus difficiles les recours des tiers porteurs des titres de transport.

Définir juridiquement dans ces conditions, le transporteur maritime dans une industrie aux multiples acteurs et intermédiaires, est loin d'être un exercice simple. La gestion du navire devient de plus en plus complexe. Les participants au transport maritime croissent en nombre. Leurs rôles se chevauchant, les uns et les autres se renvoient les fardeaux de la responsabilité quand vient le moment de répondre de leurs divers actes dommageables. Leur identité n'est pas toujours nette. La perte par le transporteur d'une cargaison de grande valeur économique entraîne des réparations au demeurant fort coûteuses pour celui-ci. Le premier réflexe du transporteur averti, mais peu scrupuleux, consiste à recourir à ce qu'on peut qualifier de camouflage identitaire ou statutaire. Les fraudes maritimes de toute nature ont pignon sur rue, créant les conditions d'un contentieux maritime de plus en plus complexe. La difficulté vient du fait qu'il n'existe pas d'uniformité au niveau des législations nationales. Dans certains pays, le transporteur est le propriétaire du navire. Dans d'autres pays, par contre, le transporteur maritime est la personne qui a loué le navire, c'est-à-dire l'affrètement. Or, les chargeurs et les tiers porteurs des titres de transport ont besoin de certitude et de prévisibilité dans leurs transactions commerciales. Le vœu de parvenir, en la matière, à une uniformisation des législations maritimes nationales ou tout au moins à leur harmonisation par rapport aux conventions maritimes internationales ne s'est pas traduit dans les faits. Un des obstacles majeurs vient du fait que le droit international des transports maritimes reste dominé par des intérêts nationaux contradictoires dans la mesure où « le droit des transports demeure un droit des intérêts davantage qu'un droit des principes »¹⁴. S'y ajoute le fait que les notions

14. S. SUR : « Droit international des transports : principes et règles », *Société Française pour le Droit International*, Colloque du Mans, Pedone, 1981, p. 103.

mêmes de transporteur maritime sont distinctes selon qu'on se trouve dans un pays de droit civil ou de common law¹⁵.

Selon la common law, la qualité de transporteur ne se sépare pas de la charge matérielle du transport. Autrement dit, les éléments subjectif et objectif se confondent pour constituer la qualité de transporteur. La logique de cette conception est poussée à son terme : on personnifie le navire et on le poursuit par le biais de la procédure de l'*action in rem*. On va encore un peu plus loin en permettant, selon cette conception, de saisir non seulement le navire générateur du préjudice, mais de « tout autre navire dont le propriétaire actuel doit répondre personnellement à raison d'une dette engendrée de l'exploitation d'un autre navire, lui appartenant ou lui ayant appartenu »¹⁶ (théorie des *sister-ships*). Or, dans la conception civiliste du droit des transports comme le souligne Yves Chalaron, « la charge matérielle du transport est une chose, la qualité juridique du transporteur en est une autre »¹⁷. Ce qui prime ici, ce n'est pas tant la dimension physique, c'est-à-dire l'opération de transport, mais la dimension subjective, c'est-à-dire toute personne ayant assumé ou pris la qualité de transporteur maritime, peu importe qu'elle ait procédé ou non au déplacement physique de la marchandise. Cette conception est d'une toute autre logique. Elle ne reconnaît pas l'*action in rem* (contre la chose), mais l'*action in personam* (contre la personne). Et quand bien même en droit civil, le navire ne peut faire l'objet que d'une saisie conservatoire, laquelle n'est qu'une étape afin de mieux identifier ensuite les parties et préserver les

15. C. PEJOVIC : « The Identity of Carrier Problem Under Time Charters : Diversity Despite Unification of Law », (2000) 31 *Journal of Maritime Law & Commerce*, p. 389.

Selon Pejovic : « [...] the concept of carrier in French law is different from that in the common law. While in the common law the carrier is the person who performs the carriage in a material sense, in French law the carrier is the person who undertakes the obligation to perform the carriage. In other words, in the common law the concept of carrier envisages the actual carrier, while in French law it envisages the contracting carrier ».

16. J.S. ROHART : « Quelques réflexions sur les développements récents de la jurisprudence française en matière de saisie conservatoire de navires apparentés », (1988) *Liber Amicorum Lionel Tricot* 425, p. 427.

17. Y. CHALARON : *L'affrètement maritime, essai de définition théorique*, Paris, Librairies Techniques, 1967, p. 353.

recours des tiers. Ainsi, le navire dans la conception civiliste du droit maritime, ne saurait faire l'objet de poursuite.

Poser le problème de l'identité du transporteur maritime n'est pas sans intérêt. Il faut bien identifier le vrai transporteur maritime, c'est-à-dire celui qui, juridiquement, à travers un contrat, a pris cette qualité. Cette précision est essentielle pour plusieurs raisons : toute mauvaise qualification du véritable cocontractant du chargeur ou du tiers endossataire du connaissance n'interrompt pas le délai de prescription de l'action qui est d'une courte durée d'un an¹⁸. L'article 3(c)6 de la Convention de Bruxelles dispose à ce propos que « le transporteur et le navire seront déchargés de toute responsabilité pour pertes ou dommages, à moins qu'une action ne soit intentée dans l'année de la délivrance des marchandises ou de la date à laquelle elles eussent dû être délivrées ». Faute d'action à l'intérieur de ce délai, le tiers détenteur du titre de transport peut être forclos à poursuivre après coup le transporteur maritime effectif ou contractuel, parce qu'entre-temps le délai pour agir s'est écoulé¹⁹. Ainsi, une bonne qualification est un gage de succès de la poursuite et certainement du droit à réparation du préjudice subi. Au surplus, l'identification du transporteur maritime à travers l'affrètement peut poser d'autres problèmes connexes, notamment les questions de compétence juridictionnelle²⁰ mais aussi du choix du droit applicable²¹ par le biais notamment de la clause paramount²², aspects qui ne seront pas examinés dans la présente étude.

Deux parties seront consacrées à notre étude : d'abord nous examinerons le problème d'identification du transporteur maritime d'après les conventions internationales et les règles uniformes du Comité Maritime International (I). Ensuite nous analyserons la question à la lumière des con-

18. Nous rappelons que ce délai est de deux ans en droit aérien et terrestre.

19. C. PEJOVIC : « The Problem of the Validity of "Identity of Carrier" Clauses », (1995) 30 *European Transport Law* 297, p. 297.

20. [1991] 1 *Lloyd's Law Reports*, p. 69.

21. W. TETLEY : « Charterparties and Choice of Law », (1992) 94 *Il Diritto Marittimo*, p.1153-1154. « la charte-partie soumise à la loi du pavillon du fait du lien étroit entre la charte-partie et le navire, alors que le connaissance qui est un contrat de transport a moins de rapport avec le navire ». Libre traduction.

22. Clause paramount sert à déterminer le tribunal compétent ou le droit applicable.

trats maritimes à savoir la charte-partie, le connaissement et le connaissement de charte-partie (II).

I. L'IDENTIFICATION DU TRANSPORTEUR MARITIME D'APRÈS LES CONVENTIONS INTERNATIONALES ET LES CONTRATS MARITIMES

A. LES CONVENTIONS INTERNATIONALES ET LES RÈGLES UNIFORMES DU COMITÉ MARITIME INTERNATIONAL

1. Les conventions internationales

C'est à travers le connaissement que l'on identifie, en principe, le transporteur maritime. Deux conventions internationales se sont intéressées à ce problème : la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, dite Convention de Bruxelles²³ du 25 août 1924 et les règles de La Haye-Visby²⁴ du 23 février 1968 lesquelles ont amendé la Convention de Bruxelles sans porter de changement substantiel à la définition du transporteur. L'article 1(a) de la Convention de Bruxelles dispose que « le transporteur comprend le propriétaire du navire ou l'affrèteur partie à un contrat de transport avec un chargeur ». Au paragraphe (b) du même article le contrat de transport s'entend « [...] uniquement au contrat de transport constaté par un connaissement ou pour tout document similaire formant titre pour le transport des marchandises par mer ; il s'applique également au connaissement ou document similaire émis en vertu d'une charte-partie à partir du moment où ce titre régit les rapports du transporteur et du porteur du connaissement ».

Comme on le constate, les règles de La Haye n'ont pu résoudre de manière complète et définitive le problème de l'identité du transporteur maritime. Elles ont restrictivement défini le transporteur comme étant le propriétaire du navire ou l'affrèteur (art. 1(a)) dans la mesure où cette définition ne tient pas compte du fait qu'en dehors de l'armateur et de l'affrèteur, d'autres personnes peuvent juridiquement

23. *International Transport Treaties*, supplement 22, november 1998.

24. *Ibid.*

prendre le statut de transporteur maritime. C'est cette lacune que les règles de La Haye-Visby, cette fois-ci plus extensives, ont tenté de combler en admettant que tout préposé, agent ou mandataire du transporteur principal, l'armateur ou l'affrètement, peut être qualifié de transporteur maritime dès lors que celui-ci a accepté d'effectuer le transport en concluant un contrat de transport maritime avec un expéditeur. Mais là aussi, les termes très généraux de la Convention de La Haye-Visby n'offrent aucun élément objectif d'identification du transporteur maritime. Des clarifications plus nettes sont dégagées par les règles de Hambourg et la Convention sur le transport multimodal. Ainsi le transporteur est défini selon l'article 1 des règles de Hambourg comme : « toute personne par qui ou au nom de qui un contrat de transport de marchandises par mer a été conclu avec un chargeur ». On peut s'apercevoir qu'il est encore question d'une définition large, car la qualité de transporteur peut être prise par toute autre personne qui conclut un contrat avec l'expéditeur de la marchandise. Les choses vont être un peu plus précises lorsque d'une part, l'article 10 de la Convention de Hambourg établit la nécessaire distinction entre les notions de transporteur contractuel et de transporteur de fait et d'autre part, lorsque l'article 15 de cette convention dispose que le connaissement doit contenir le nom du transporteur et sa principale place d'affaire. Mais le fait de dire que le transporteur doit s'identifier sur le connaissement ne répond pas à la question principale de savoir qui est le transporteur maritime. En effet, dans l'hypothèse d'un affrètement à temps, le fréteur et l'affrètement peuvent à la fois et selon les circonstances prendre la qualité de transporteur maritime. Quant à la Convention sur le transport multimodal en son article 1(2), elle définit le transporteur comme un opérateur de transport multimodal qui, en sa qualité de mandant, conclut un contrat de transport multimodal, et est responsable pour l'ensemble du contrat de transport multimodal. Toutefois, des poursuites sont possibles contre chacun des transporteurs, et y compris le navire²⁵. Face à ces définitions tantôt extensives, tantôt restrictives, et surtout eu égard à l'absence d'uniformisation des

25. W. TETLEY, *op. cit.*, note 7, p. 263.

législations nationales quant à une définition précise de la notion juridique de transporteur maritime, le Comité Maritime International a réagi en élaborant des règles uniformes.

2. Les règles uniformes du Comité Maritime International

On a vu que les règles de La Haye-Visby et de Hambourg ont défini la notion de transporteur maritime sans trop de précision et de certitude. Les positions controversées des auteurs²⁶ illustrent bien la problématique encore actuelle d'une absence de définition claire du transporteur maritime. En effet, les règles de Hambourg présentent deux lacunes majeures : premièrement la signature du connaissement est ouverte à toute personne ; deuxièmement, le nom et l'adresse de la principale place d'affaire du transporteur maritime sont des mentions auxquelles ces règles ne font nullement référence. Or, ce sont là des mentions qui, *prima facie* permettent d'identifier le transporteur maritime.

Les solutions proposées par le CMI sont variables. Pour certains auteurs, la qualité de transporteur maritime devrait être assumée soit par le transporteur contractuel à moins qu'une autre personne ne soit indiquée au connaissement, soit par l'armateur à moins qu'un autre transporteur ne soit désigné²⁷. En plus d'une présomption de responsabilité à la charge du transporteur contractuel, il est d'une part admis une responsabilité solidaire et conjointe avec le transporteur effectif ou de fait ; et d'autre part une responsabilité *in rem* du navire et de l'armateur si toutefois le transporteur n'est pas identifié²⁸. Pour d'autres auteurs²⁹, l'approche de la saisie *in rem* du navire pourrait contraindre, le propriétaire du navire et les affréteurs à déterminer entre eux, l'identité du transporteur responsable. Dans ce cas, des sanctions sont proposées³⁰, notamment la perte du droit de limitation de

26. *Annuaire du Comité Maritime International*, 1995, p. 231, ci-après cité *Annuaire CMI*.

27. *Id.*, p. 237.

28. *Ibid.*

29. *Annuaire CMI*, 1999, p. 8. (Draft Uniformity Report; Report of the Fifth Session, London, 9th and 10th November, 1998).

30. *Id.*, p. 10.

responsabilité et de la prescription de l'action contre tout transporteur qui faillirait à apposer son nom et son adresse sur le connaissement ou tout autre document de transport. Mais l'hypothèse de la personnification du navire à travers la procédure de la saisie *in rem*, n'a pas unanimement convaincu les membres du Comité Maritime International. De fait, on estime qu'une telle procédure ne correspond pas au système juridique du droit civil³¹ qui ne reconnaît que la saisie conservatoire du navire qui ne saurait être personnifié. La doctrine dominante³² au sein du Comité Maritime International reste toutefois favorable au régime de la présomption de responsabilité contre le transporteur contractuel. Mais, au niveau de la poursuite, l'option devrait être laissée au défendeur de poursuivre le transporteur effectif ou de fait selon le régime de la responsabilité solidaire et conjointe³³. Le professeur P. Bonassies propose pour sa part que « si, ni le transporteur ni le transporteur effectif n'est clairement identifié sur le document de transport, le propriétaire du navire est censé être le transporteur contractuel à moins qu'il ne prouve qu'il a légalement confié la totalité de l'opération du navire à une autre personne »³⁴.

Quelle est la situation du chargeur? Celui-ci a-t-il un rôle à jouer quant au contrôle d'identité du transporteur maritime? L'idée a été émise³⁵ selon laquelle il lui incombe de s'assurer de l'identité du transporteur ou de son cocontractant. Une telle proposition est séduisante en pratique. Mais économiquement, elle ne nous paraît pas équitable à l'égard des petits chargeurs, c'est-à-dire ceux ne disposant pas de la même surface financière que les transporteurs maritimes. Ce serait trop demander à la partie la plus faible, car un tel contrôle en amont n'est pas sans incidence financière pour le chargeur. En effet s'assurer de l'identité du transporteur comme le propose le Comité Maritime International, implique d'une manière ou d'une autre des investigations à entreprendre. Au surplus et au plan juridique, un tel contrôle pourrait porter entorse à la

31. *Annuaire CMI*, 1998, p.170.

32. *Annuaire CMI*, 1995, p. 238.

33. *Annuaire CMI*, 1997, p. 312.

34. *Id.*, p. 315. Traduction libre.

35. *Annuaire CMI*, 1998, p. 169.

nature privée des contrats et à leur relativité. Il serait plus équitable d'exiger du transporteur de s'identifier clairement sur le document³⁶. Certains auteurs estiment que la meilleure présomption de responsabilité et la plus raisonnable serait celle qui tiendrait pour transporteur maritime le propriétaire du navire immatriculé, car étant celui qui est le mieux placé pour connaître l'identité de l'affréteur. Une telle proposition a aussi sa limite juridique, car le propriétaire du navire est en principe tiers au contrat conclu entre l'affréteur et le chargeur. Sur cette base, d'autres auteurs estiment que le propriétaire du navire ne devrait pas être tenu *de facto* pour transporteur maritime, car celui-ci peut ne pas être, ni le transporteur contractuel, ni le transporteur effectif³⁷. Le consensus au sein du Comité Maritime International s'est fait autour des points suivants : « le propriétaire du navire immatriculé est censé être *prima facie* le transporteur si aucun transporteur n'est identifié sur le connaissement; le propriétaire du navire immatriculé *devrait être* capable de réfuter la présomption de responsabilité en prouvant que l'affréteur était le transporteur contractuel; [...] et que le consignataire demeure libre de poursuivre directement et sans prescription de délai toute personne impliquée »³⁸.

L'arrêt³⁹ rendu par la Cour de justice des communautés européennes en date du 27 octobre 1998 dans l'affaire *Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV* donne une illustration de la recommandation faite par le Comité Maritime International selon laquelle le destinataire ou le consignataire de la marchandise pourrait poursuivre toute personne impliquée dans l'opération de transport. En l'espèce, l'assureur subrogé dans les droits du consignataire de la marchandise a assigné en réparation et indifféremment la société *Refrigerated Container Carriers* (RCC) émettrice du connaissement portant son en-tête et couvrant la partie maritime du transport; la société *Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV* qui, bien que l'identité ne soit pas mentionnée au connaissement a assuré le déplacement de la cargaison par voie maritime; et enfin le

36. *Id.*, p. 169.

37. *Annuaire CMI*, 1997, p. 313. L'italique est de nous.

38. *Annuaire CMI*, 1998, p. 170. L'italique est de nous.

39. Cf. *Revue critique de droit international privé*, vol. 88, 1999, pp. 322-340.

capitaine du navire en tant que représentant des armateurs, affréteurs et le propriétaire du navire *AlblasgrachtV002*⁴⁰. Les assureurs subrogés, tiers au contrat, ont considéré solidairement responsables les parties susmentionnées comme étant les transporteurs réels⁴¹. Mais la Cour de justice des communautés européennes devait trancher en disant que « le destinataire de marchandise qui, après l'exécution du transport maritime puis terrestre final, constate des avaries aux marchandises qui lui ont été livrées peut attirer la personne qu'il tient pour être le transporteur réel »⁴². Pour la Cour, en l'espèce, il ne saurait y avoir plusieurs transporteurs réels. Il n'y a qu'un seul transporteur réel (*actual carrier*) qui, dans ce cas, est la compagnie *Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV*. En effet, c'est elle qui a pris la qualité de transporteur maritime réel ou effectif d'autant plus que c'est elle qui a assuré le transport maritime de la marchandise, même si le connaissement émis porte l'en-tête de la société *Refrigerated Container Carriers (RCC)* et non le sien.

Le transporteur peut se définir comme celui qui accepte, sous sa responsabilité contractuelle de déplacer physiquement ou intellectuellement, une marchandise d'un lieu à un autre. Point n'est donc besoin que celui-ci ait ou non en sa possession un navire⁴³. La qualification de transporteur maritime se fait généralement et objectivement à travers l'étude des contrats de transport maritime, notamment du contrat d'affrètement et du connaissement. Mais ces deux contrats ne s'excluent pas et peuvent parfois même se superposer et rendre plus difficile l'identification du véritable transporteur maritime responsable.

B. LES CONTRATS MARITIMES

Le problème d'identification du transporteur maritime peut se poser à travers le mode de gestion du navire. C'est le cas de l'armement en *tramping* ou encore ce qu'il est convenu

40. *Id.*, p. 324.

41. *Id.*, p. 327.

42. *Id.*, p. 329.

43. J. PUTZEYS : *Droit des transports maritimes et droit maritime*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 137.

d'appeler l'affrètement qui est le contrat conclu par charte-partie. Succédané du connaissement, l'affrètement s'est justifié par « l'internationalisation du commerce maritime qui permet aux navires de tous les pays de pénétrer dans les différents ports du monde pour y rechercher une cargaison appropriée à leurs forces »⁴⁴. Contrairement au contrat de transport maritime qui porte sur la marchandise à transporter d'un port à un autre, l'affrètement porte sur le navire et met en relation contractuelle un fréteur et un affréteur. Le fréteur est celui qui met son navire à la disposition d'une autre personne appelée affréteur. Celui-ci peut être un armateur ou un industriel indépendant. Le contrat d'affrètement se conclut par une charte-partie émise par l'armateur, mais il se peut que certains affréteurs puissants établissent leur propre charte-partie⁴⁵. Quant à la nature juridique de l'affrètement, on estime qu'elle constitue « une convention complexe qui tient du louage de choses et du louage de services, lorsque le fréteur abandonne seulement à l'affréteur la gestion commerciale du navire »⁴⁶. Le problème majeur qui se pose souvent en cas d'affrètement, est celui de savoir qui du fréteur et de l'affréteur, peut être identifié comme transporteur maritime. La réponse est donnée selon que l'affrètement s'est effectué par une charte-partie au voyage, ou une charte-partie à temps ou à coque nue.

1. La charte-partie et le connaissement

Alors que le connaissement renvoie au transport maritime et porte sur la marchandise, la charte-partie concerne l'affrètement du navire. Le connaissement est établi par le transporteur mais avec la collaboration du chargeur qui doit fournir les renseignements exacts sur la marchandise à remettre au transporteur. Le connaissement⁴⁷ remplit trois fonctions : une fonction probatoire, c'est-à-dire un reçu cons-

44. G. RIPERT : *Droit maritime*, 4^e édition, t. 2, Paris, Rousseau et cie, 1952, p. 276.

45. *Id.*, p. 277.

46. R. DE SMET : *Droit maritime et droit fluvial belges*, t. 1, Bruxelles, 1971, p. 243.

47. Y. TASSEL : « Les réformes du connaissement », (1995) *Il Diritto Marittimo* 285, p. 286 et suiv.

tatant la remise de la marchandise au transporteur; une fonction contractuelle définissant les droits et les obligations des parties; une fonction commerciale faisant du connaissement un titre représentatif de la marchandise. Par ailleurs, et comme le souligne I. Arroyo, « la charte-partie se distingue du connaissement par un régime plus souple de responsabilité [...] l'autonomie de la volonté joue un rôle important dans la charte, tandis que sa portée est réduite dans le transport sous connaissement »⁴⁸.

L'identification d'après le connaissement semble *a priori* ne poser aucune difficulté. Mais la pratique maritime instruit du contraire. Ainsi dans une décision française, plus précisément dans l'affaire du *Navire Ingrid Leonhardt*⁴⁹, les connaissements mentionnaient clairement que c'est la Sitram (société ivoirienne de transport maritime) qui avait la qualité de transporteur maritime. La société Jeanneau destinataire d'une cargaison avariée de bois en provenance du port de San-Pédro en Côte d'Ivoire vers Bordeaux a intenté une action contre la société Bolten affréteur à temps, considérée par elle comme étant le transporteur maritime en se fondant sur l'émission d'une facture de fret émise par l'agent de Bolten et dont la seule existence, selon la Cour de cassation « ne permettait plus de qualifier la société Bolten de transporteur maritime »⁵⁰. La facture de fret traitée par l'agent de l'affréteur à temps ne peut combattre les termes du connaissement qui font de la Sitram le seul transporteur maritime. La Cour d'appel suivie en cela par la Cour de cassation ont cru bon d'identifier, en l'espèce, le transporteur maritime par la seule référence au contrat de transport, soit le connaissement, à l'exclusion de tout autre élément qui lui est extérieur, notamment la facture de fret.

Dans l'affaire du *Navire Fatima*⁵¹, la Cour d'appel de Paris a considéré la société Cosemar, affréteur à temps comme étant le transporteur maritime et mis hors de cause le

48. I. ARROYO : « Relation entre charte-partie et connaissement : la clause d'incorporation », (1980) 15 *European Transport Law* 713, p. 719.

49. DMF, 2000, n° 606.

50. DMF, 2000, p. 635, Cour de Cassation (Ch.com) 29 juin 1999, observation de Y. TASSEL.

51. DMF, 2000, n° 601, p. 106.

propriétaire du navire, le gérant du navire et l'armateur. La Cour de cassation devait rappeler au juge de fond en précisant que « dans le cas d'un affrètement à temps, la qualité d'armateur, qui appartient à celui qui exploite le navire en son nom, qu'il soit ou non propriétaire, se trouve partagée entre le fréteur qui conserve la gestion nautique de son navire, et l'affréteur, qui en a la gestion commerciale »⁵². Autrement dit, le transporteur maritime peut être, soit le fréteur, soit l'affréteur à temps.

Ainsi, dans une charte-partie au voyage, l'affréteur n'apparaît pas en principe comme un transporteur. Dans ce cas, il est nécessaire que l'affréteur ait la preuve du chargement puisqu'il n'est pas lui-même le transporteur des marchandises⁵³. Le problème est différent en cas de charte-partie à temps où l'affréteur est lui-même le transporteur, délivrant lui-même des connaissements distincts de la charte-partie initiale⁵⁴. Toutefois, dans la situation où l'affréteur met le navire à la disposition d'un tiers, il devient lui-même fréteur et ne conclut pas un contrat de transport. On estime « qu'il assumera alors les obligations non plus d'un transporteur, mais d'un loueur de chose. »⁵⁵ Toutefois, il se peut que ce dernier utilise le navire affrété pour faire du transport maritime. En pareille situation, la charte-partie sera suivie de l'émission par l'affréteur, d'un connaissement⁵⁶ qui, en soi, ne suffit pas pour faire de lui un transporteur dans la mesure où « le contrat d'affrètement n'établit pas nécessairement et *ipso facto* que l'une des parties a pris la qualité de transporteur »⁵⁷ et le fait d'être affréteur à temps et même fréteur au voyage ne signifie pas nécessairement qu'on est transporteur »⁵⁸. L'affaire du *Navire Soufflot* reste à ce propos édifiante. En effet, la société *Tramtrade Ltd.* affréteur au voyage et la société *Comet Shipping* affréteur à temps n'ont pu être identifiées par le juge français comme étant des transporteurs

52. DMF, 2000, n° 601, p. 110.

53. E. DU PONTAVICE, J.-P. SORTAIS, A. PIEDELIÈVRE, G. DE LESTANG : *L'affrètement par charte-partie*, Paris, L.G.D.J., 1964, p. 107.

54. *Id.*, p. 108.

55. *Id.*, p. 146.

56. *Juris Classeur Commercial*, vol. 7.

57. P. SIMON : « Qui est le transporteur maritime? », DMF 1995, p. 28.

58. *Ibid.*

maritimes⁵⁹ dans la mesure où les connaissances émis en l'espèce étaient des connaissances directs⁶⁰ et de surcroît, sans en-tête. Dans l'affaire *Varna*, la Cour d'appel de Rouen devait conforter une jurisprudence constante en disant que « la clause du connaissance invoquée, *c'est-à-dire du connaissance direct* émis par le transporteur maritime et qui stipulerait que le transporteur maritime n'a d'obligation que pour la période comprise entre la prise en charge des marchandises dans le port de débarquement, ne servirait à rien puisqu'elle ne fait que préciser les obligations du transporteur maritime légalement irréductibles, qu'il doit en être déduit que son objet est de soustraire le transporteur maritime à responsabilité de commissionnaire de transport »⁶¹.

À l'instar d'un connaissance direct émis dans le cadre d'un transport successif, le sous-affrètement peut poser la même difficulté quant à l'identification du transporteur maritime comme en témoigne la sentence⁶² rendue par la Chambre arbitrale maritime de Paris. En effet, par une charte-partie à temps, un armateur acceptait de fréter son navire à un affréteur. Ce dernier devait à son tour fréter le navire à un autre affréteur qui devait transporter une cargaison de sacs de maïs. À destination, des avaries et manquants sont constatés. Les assureurs subrogés du second affréteur intentent une action en indemnisation contre l'armateur tenu pour être le transporteur maritime. L'armateur ne se reconnaît pas cette qualité, motif pris de ce que le connaissance, quoique portant la signature du capitaine et le tampon du navire, se réfère à la charte-partie au voyage, laquelle ne lie que le premier et le second affréteur. Pour déterminer l'identité du transporteur maritime dans cette espèce, le Tribunal s'est basé sur les deux chartes-parties successivement émises, à temps et au voyage. En interprétant la charte-partie au voyage conclue entre le premier et le second affréteur, le Tribunal devait conclure que seul le second affréteur est le transporteur maritime puisqu'étant le *disponent*

59. R. ACHARD : « Encore sur l'identification du transporteur maritime en présence de connaissances sans en-tête », *DMF*, 1995, n° 554, pp. 816-817.

60. *Id.*, p. 821.

61. *DMF*, 1994, n° 537, p. 279, obs. Y. TASSEL. L'italique est de nous.

62. *DMF*, 1998, n° 581, pp. 390-392.

*owner*⁶³ c'est-à-dire comme propriétaire disposant du navire. En examinant par contre la charte-partie à temps, conclue entre l'armateur et le premier affréteur, le Tribunal devait affirmer que seul, l'armateur est le transporteur maritime. L'affréteur n'étant que le mandataire de celui-ci. Quant à l'armateur, il a été retenu comme cofréteur au voyage, et donc comme transporteur maritime d'autant plus qu'il conservait le contrôle de l'exploitation technique et commerciale du navire, et avait dans une proportion majoritaire, droit aux profits (60 %) et devait recevoir de l'affréteur tous les documents commerciaux⁶⁴.

Ainsi, pour identifier le transporteur maritime, on fera référence, *de facto* ou *de jure*, au connaissance qui permet en général de résoudre cette question. Et, c'est « faute d'indices tirés du contrat de connaissance ou de son exécution qu'il conviendra de se reporter à la charte-partie »⁶⁵ comme moyen supplétif. Peut être ainsi qualifié de transporteur maritime, le propriétaire du navire dont le nom figure sur le connaissance qui, pourtant, ne fait nullement apparaître en son en-tête la personne qui a assuré le déplacement physique, effectif de la cargaison. Il est admis que « si l'identité du transporteur n'est pas spécifiée et si le titre de transport est signé du capitaine du navire, il faut en déduire que le transporteur est tout simplement l'armateur de ce bâtiment »⁶⁶. Ce problème s'est posé dans l'affaire du *Navire Soufflot*⁶⁷ où la Cour d'appel de Versailles a tenu les armateurs-propriétaires du navire Soufflot, comme étant les seuls transporteurs maritimes en dépit du fait que les connaissances ne mentionnaient pas l'identité du transporteur⁶⁸. Dans le cas des connaissances sans en-tête, on retient que c'est le doute ou la théorie de l'apparence qui a joué à l'encontre de l'armateur qui n'est pourtant qu'un transporteur apparent. Le transporteur effectif ou réel étant l'affréteur à temps. Toutefois, si le connaissance fait clairement mention du nom d'une per-

63. DMF, 1998, p. 391.

64. *Ibid.*

65. Y. CHALARON, *op. cit.*, note 17, p. 360.

66. P. SIMON, *op. cit.*, note 57, p. 26.

67. DMF, 1995, n° 554, p. 813 et suiv.

68. *Id.*, p. 817.

sonne autre que le propriétaire du navire, c'est cette personne désignée au connaissance qui porte la qualité de transporteur maritime. Il peut donc s'agir d'un affréteur ou d'un sous-affréteur ou de tout autre participant au transport, notamment un simple agent ou un mandataire. Mais en principe, le fréteur demeure transporteur dès lors que la preuve n'est pas rapportée qu'il a transféré la gestion nautique et commerciale au profit de l'affréteur qui s'est comporté comme un intermédiaire à la charte-partie principale⁶⁹. Il se peut aussi que cet affréteur intermédiaire agisse comme fréteur⁷⁰. En cette qualité, il « va alors devoir s'assurer la disposition d'un navire pour la date prévue et, pour ce faire, il pourra être amené à affréter, à son tour, un navire, jouant ainsi le rôle d'un intermédiaire dans l'exécution du transport. S'il l'affrète coque nue ou en *time charter*, la situation restera relativement simple car, la gestion du navire lui ayant été transférée, l'intermédiaire sera seul intervenu comme transporteur; mais que décider lorsque l'intermédiaire a, de son côté, conclu une charte-partie au voyage puisque ce type d'affrètement laisse, en principe, au fréteur la qualité de transporteur »⁷¹? En pareille circonstance, sa qualité d'intermédiaire se transforme en celle de fréteur au voyage, ce qui fait de lui un transporteur au même titre que le fréteur initial.

2. Le connaissance de charte-partie : un chevauchement des titres source de confusion

L'identification du transporteur maritime peut poser problème dans l'hypothèse où une charte-partie est assortie d'un connaissance. C'est le connaissance de charte-partie. Il pose en soi une problématique complexe du point de vue théorique, mais qui peut s'accuser si le connaissance émis est sans en-tête, rendant ainsi difficile l'identification du transporteur maritime.

69. E. du PONTAVICE *et al.*, *op. cit.*, note 53, p. 164.

70. *Id.*, p. 169.

71. *Ibid.*

a) *Problèmes liés au connaissance de charte-partie*

L'expression connaissance de charte-partie désigne ou fait référence à la superposition entre deux types de contrats maritimes que sont l'affrètement et le connaissance et met en relation le propriétaire du navire, l'affréteur, le chargeur ou l'expéditeur. Ce dernier étant tiers au contrat d'affrètement, il ignore tout du véritable propriétaire du navire qui transporte sa marchandise.

Le principe de la distinction entre l'affrètement maritime et le transport maritime reste encore bien établi, tout au moins théoriquement. En cas d'affrètement, les relations contractuelles entre le fréteur et l'affréteur sont basées exclusivement sur la charte-partie de sorte que « l'affréteur ne peut se prévaloir des termes du connaissance à l'encontre du fréteur »⁷². Étant entre les mains de l'affréteur, le connaissance n'est plus qu'un simple reçu de la réception et du chargement de la marchandise. Si c'est un connaissance qui est émis, alors et en principe les relations entre le tiers porteur du connaissance et son émetteur, qui peut être fréteur ou affréteur devraient être circonscrites aux termes du connaissance. Dans ce cas, c'est l'émetteur du connaissance qui assume la qualité de transporteur⁷³. Pineau et Braën⁷⁴ conviennent que de tels renvois ne devraient pas changer la nature juridique des deux contrats. Mais en pratique, les deux titres peuvent se superposer en créant des problèmes théoriques complexes, car bien souvent, c'est dans les affrètements que l'identité du transporteur maritime responsable se pose avec acuité dans la mesure où l'armateur peut être ou non le propriétaire du navire.

Si théoriquement cette superposition ne devait pas poser de problème, en pratique elle en pose surtout à l'égard des tiers porteurs du connaissance. C'est l'hypothèse où le connaissance émis par l'affréteur renvoie à la charte-partie de base ou inversement lorsque la charte-partie renvoie au connaissance. Le tiers porteur du connaissance ignore dans ce cas

72. A. BRAËN: *Le droit maritime au Québec*, Collection Bleue, Wilson & Lafleur, Montréal, Québec, 1992, p. 267. Voir aussi sur cette question A. VIALARD: *Droit maritime*, 1^{re} édition, Presses Universitaires de France, 1997, p. 337.

73. *Ibid.*

74. *Ibid.*

que l'affréteur n'est pas propriétaire du navire et de toute façon il n'est pas préoccupé de le savoir. Ce qui lui importe, c'est la réception à temps et en bon état de sa cargaison. Le renvoi de la charte-partie au connaissement ou du connaissement à la charte-partie est une opération qui s'effectue à travers une clause dite d'incorporation qui conserve toute sa validité dès lors qu'elle est acceptée par les parties. Le connaissement de charte-partie, comme titre de transport, peut soulever des questions juridiques complexes, notamment celle relative à l'identification du cocontractant du chargeur, c'est-à-dire le véritable transporteur de la marchandise.

*b) Le connaissement sans en-tête :
un besoin d'effacement d'identité*

On le sait, le titre en matière de transport maritime est constitué par le connaissement. C'est en fait le contrat de transport maritime qui identifie les parties et exprime leur volonté. Sur le connaissement doit apparaître clairement le nom du transporteur et surtout son adresse pour fins d'identification et au besoin pour faciliter le lieu où toute éventuelle saisie pourrait être ordonnée contre le navire. Or, l'identité du transporteur n'est pas toujours précisée sur le connaissement. Selon les règles de La Haye, il pèse sur le transporteur maritime une obligation d'émettre un connaissement au chargeur ou à l'expéditeur. Les choses paraissent simples *a priori*. Mais la pratique maritime instruit qu'il n'en est pas toujours ainsi d'autant plus que les mentions au connaissement ne permettent pas une identification précise du transporteur maritime. Aussi est-il nécessaire de recourir à des critères pour déterminer la personne qui a effectué à la lumière des documents de transport, le déplacement de la marchandise et a pris la qualité de transporteur maritime. Certaines mentions ou inscriptions inscrites au connaissement, constituent des indices ou des critères d'identification de la personne qui a assuré le transport d'un lieu à un autre. Comme indices⁷⁵, on peut mentionner entre autres, la signature, le cachet, le nom du navire, etc.

75. M.-N. RAYNAUD : « Le connaissement sans en-tête », *DMF*, 1997, n° 567, p. 4.

La signature du capitaine comme critère d'identification : le principe est bien établi sur ce point. La signature du capitaine engage la responsabilité du propriétaire du navire et fait de lui le transporteur maritime. Mais ce principe a ses limites, car on ne saurait toujours savoir au nom et pour le compte de qui le capitaine signe. Signe-t-il pour l'armateur ou pour l'affrètement ? Cette question se posera surtout en cas d'affrètement à temps, puisque le capitaine demeure l'employé du propriétaire du navire, mais reste au service de l'affrètement à temps. La seconde limite de la signature vient du fait qu'elle peut faire l'objet d'une délégation⁷⁶ de pouvoir à des agents qui signent pour le compte du capitaine ou pour le transporteur. Dans l'affrètement à temps, le capitaine demeure agent du propriétaire du navire même s'il a accompli les ordres de l'affrètement. En fait, les obligations contractuelles n'existent qu'entre le propriétaire du navire et l'affrètement à temps, car le capitaine ne fait qu'accomplir les obligations du propriétaire du navire envers l'affrètement.

Quant au cachet comme critère d'identification : à l'instar de la signature du capitaine, l'apposition du cachet du navire n'apparaît pas comme un élément absolument déterminant pour identifier le transporteur maritime. En effet, le cachet ne fait « qu'authentifier [...] les circonstances extérieures fondant une apparence que l'armateur est le transporteur »⁷⁷.

Quant au navire comme critère d'identification : ici comme pour les critères précédents, le navire ne permet pas toujours et de façon déterminante d'identifier avec précision le transporteur maritime surtout dans les situations où sont émis des connaissements directs ou combinés⁷⁸, lesquels font appel à plusieurs transporteurs se chargeant du déplacement de la marchandise selon divers modes de transport.

À ces insuffisances des mentions précitées, s'ajoute le fait que le connaissement peut ne comporter aucune mention sur l'identité réelle du transporteur maritime ou à tout le moins son véritable émetteur. De sorte que le connaissement

76. *Ibid.*

77. *Ibid.*

78. *Id.*, pp. 4-5.

n'identifie pas systématiquement le transporteur⁷⁹. Bien souvent, cela laisse les tiers porteurs du connaissement sans en-tête dans une situation d'incertitude, car ne sachant pas avec précision vers qui se tourner pour demander réparation des dommages qu'ils ont subis. On se trouve ainsi face à la problématique du connaissement sans en-tête qui « se borne à indiquer le plus souvent que le titre est émis en fonction d'une charte-partie. Même si dans la plupart des cas, la charte-partie ainsi visée résulte d'un affrètement au voyage, le titre n'indique généralement pas le type de charte-partie utilisée, et encore moins qui en sont les protagonistes »⁸⁰. Pour sa part, C. Pejovic a pu avancer que « le problème d'identification du transporteur apparaît souvent quand le transport est effectué par un navire affrété, car dans ce type de transport, le connaissement ne contient pas souvent l'en-tête avec le nom de l'agent, du courtier ou même de l'expéditeur, et que le propriétaire du navire et l'affréteur peuvent se trouver dans le rôle de transporteur »⁸¹.

Mais, en cas de chevauchement entre l'affrètement et le transport maritime⁸², l'affréteur à temps ou à coque nue, qui a délivré un connaissement portant son en-tête, est le transporteur maritime. Sera par contre reconnu comme transporteur maritime, le fréteur au voyage qui émet un connaissement, par le seul fait qu'il conserve la gestion commerciale du navire. Mais il est possible que l'affréteur au voyage, en lieu et place du fréteur, et par référence à certains faits extérieurs à la charte-partie, se voit attribuer la qualité de transporteur maritime. Comme le note Y. Chalaron : « la charte au voyage non seulement n'est pas un contrat de transport mais encore ne donne pas invariablement au fréteur la qualité de transporteur à l'égard des tiers »⁸³ et surtout lorsqu'elle fait référence à un connaissement sans en-tête. Dans l'affrètement à temps par exemple, il peut arriver que l'affréteur utilise un connaissement qui porte l'en-tête du

79. Ph. DELEBECQUE : « Affrètement et transport maritimes », *DMF*, 1999, n° 591, numéro spécial anniversaire, p. 259.

80. M.-N. RAYNAUD, *op. cit.*, note 75, p. 3.

81. C. PEJOVIC, *op. cit.*, note 19, p. 298.

82. *J.C.C.*, vol. 7, fascicule 1255, p. 13.

83. Y. CHALARON, *op. cit.*, note 17, p. 359.

fréteur. En pareil cas, la question se pose de savoir si le tiers porteur d'un tel connaissement dispose d'un recours contre le fréteur. La réponse est affirmative. Mais le fondement d'une telle action relève de la théorie de l'apparence. En général, les tribunaux, en pareille circonstance, ont tendance à préserver les intérêts des chargeurs, en autorisant la saisie du transporteur le plus identifiable. Dans l'affaire *Julia*, le juge français a admis que le tiers porteur d'un connaissement sans en-tête, ou ne mentionnant pas le nom du transporteur peut agir contre le propriétaire du navire.

Mais, un connaissement sans en-tête ne fait pas systématiquement du propriétaire du navire un transporteur maritime dès lors que les tiers ont eu connaissance que l'exploitant du navire était un affréteur coque nue. C'est ce dernier qui, selon la jurisprudence *Maersk*, a qualité de transporteur maritime. Critiquant la solution de la Cour d'appel de Paris dans cette affaire, Pierre Bonassies affirme qu'il n'était pas « impossible au juge d'appliquer à l'espèce la théorie de l'apparence dans toute sa rigueur, et de mettre en cause telle ou telle des sociétés du groupe Maersk. Car on ne saurait admettre qu'un tel groupe, dont chacun connaît la puissance, profite des incertitudes et des ambiguïtés qu'il a lui-même créées pour échapper à la rigueur du droit maritime »⁸⁴.

En général, en droit français, la technique pour identifier le transporteur maritime consiste à faire jouer la théorie de l'apparence en droit commun, notamment lorsqu'un connaissement a été émis sans en-tête ou porte l'en-tête d'une personne qui, en réalité n'est pas transporteur, c'est-à-dire soit le chargeur lui-même ou son agent⁸⁵. Les principes généraux applicables peuvent être différents selon que le litige s'est produit dans un État de droit civil ou de common law. Si le problème d'identification du transporteur se pose dans un État appliquant la common law, on aura recours à la théorie de *l'estoppel*, c'est-à-dire un comportement créateur d'obligation juridique. Par contre, on se fiera au principe de bonne foi, si ce problème est en cause dans un État de droit conti-

84. DMF, 2000, Hors-série, n° 4, P. BONASSIES : « Le droit positif français en 1999 ».

85. F. BOURLINGUER : « Cargo Claims Under Voyage and Time Charterparties », (1990) *Il Diritto Marittimo* 3, p. 13.

nental⁸⁶, c'est-à-dire de droit civil. Dès lors, le tiers porteur du connaissement peut se fonder sur ce titre et poursuivre toute personne apparaissant comme transporteur d'après le dit connaissement. Si le connaissement est sans en-tête, les tribunaux admettent que c'est le propriétaire du navire qui prend la qualité de transporteur maritime comme il a été décidé en France dans l'affaire *Julia*.

Toutefois, le transporteur maritime sera facilement identifiable dès lors que c'est lui qui a délivré l'original daté du connaissement sur lequel son nom est apposé, l'a signé ou l'a fait signer par son préposé. Mais il peut arriver que ni le transporteur maritime, ni son préposé c'est-à-dire le capitaine ne signe le connaissement. Ce défaut de signature ne rend pas le connaissement nul, mais constitue seulement un commencement de preuve par écrit⁸⁷. Ce qui suppose que la signature comme critère d'identification du transporteur maritime est d'une portée relative contre le propriétaire du navire. En cas de défaut de signature, les tiers porteurs de connaissement ignorent complètement qui est le transporteur maritime à travers la représentation du capitaine. Ici, la seule indication comme le fait remarquer I. Corbier⁸⁸ est fournie par le nom du navire.

On a pu s'en rendre compte dans l'hypothèse où il y a eu émission non pas d'un connaissement, mais d'une lettre de transport maritime (*Seawaybill*). En pareille situation, le Tribunal de commerce d'Anvers, dans une décision du 17 janvier 1997, a déclaré irrecevable l'action d'avarie à l'encontre du propriétaire, fondée sur une lettre de transport maritime émise par l'affrèteur, dès lors qu'il n'est pas établi que ce document a été signé par le capitaine ou pour le compte de celui-ci⁸⁹. Et, même si le connaissement est émis par l'affrèteur sans l'autorisation du propriétaire du navire, le propriétaire du navire sera tenu responsable envers le tiers porteur de bonne foi du connaissement, s'il apparaît être le transporteur d'après le connaissement. On peut dès lors identifier le transporteur

86. C. PEJOVIC, *op. cit.*, note 19, p. 299.

87. M. POURCELET : *Le transport maritime sous connaissement : droit canadien, américain et anglais*, Presse de l'université de Montréal, Canada, 1972, p. 25.

88. I. CORBIER : *La notion juridique d'armateur*, Presse universitaire de France, 1999, p. 267.

89. Jurisprudence du Port d'Anvers, ci-après cité *J.P.A.*, n° 6, 1998, p. 501.

maritime en interprétant de façon restrictive l'accord entre le propriétaire du navire et l'affrèteur. Mais une interprétation extensive est aussi possible dès lors que toute personne autre que l'armateur ou l'affrèteur a accepté la qualité de transporteur maritime et est apte ainsi à assumer la responsabilité qui s'y rattache. Toutefois, la signature du capitaine ne fera pas du propriétaire du navire un transporteur dans la situation où le navire est sous affrètement coque nue. Dans ce cas, le capitaine n'est plus sous les ordres du propriétaire du navire, mais sous les ordres de l'affrèteur au voyage.

En dehors du contrat de transport et de l'affrètement comme sources « normales » d'identification du transporteur maritime, il existe les fraudes maritimes et autres clauses de style qui ne facilitent pas l'identification du transporteur maritime, notamment la clause *identity of carrier* et la *demise clause*. Les confusions résultant du connaissance de charte-partie sont manifestes : l'armateur peut être transporteur réel ou contractuel ou les deux à la fois. L'armateur et l'affrèteur peuvent être au regard du droit maritime international, tous deux considérés comme transporteurs maritimes. D'où, l'inadmission quasi générale de ces clauses qui tendent à dégager l'une des parties de ses obligations contractuelles.

II. DES CLAUSES ÉLUSIVES D'IDENTITÉ :

LES CLAUSES « IDENTITY OF CARRIER » ET LA « DEMISE CLAUSE »

A. PROBLÈMES POSÉS

Comme nous l'avons déjà souligné, la question la plus épineuse et qui se pose continuellement en droit maritime est de savoir qui est le transporteur maritime à la lumière des termes et conditions stipulés au connaissance émis en cas d'affrètement du navire pour un temps déterminé. Or en soi déjà, « l'affrètement est parfois perçu comme un moyen pour le propriétaire du navire peu scrupuleux d'échapper à sa responsabilité »⁹⁰ et surtout lorsqu'il est assorti de certaines

90. Y. TASSEL : « Le connaissance de charte-partie sans en-tête », *DMF*, 1987, p. 550.

clauses comme la clause *identity of carrier* ou la *demise clause*, deux clauses identiques quant à leur objectif : exonérer le transporteur de toute responsabilité. L'article 3(8) des règles de La Haye considère nulles de telles clauses de limitation ou d'exonération en ces termes : « Toute clause, convention ou accord exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité pour perte ou dommage concernant des marchandises provenant de négligence, faute ou manquement aux devoirs ou obligations édictés dans le présent article ou atténuant cette responsabilité autrement que ne le prescrivent les présentes règles sera nul, non avenü et sans effet. »

Dans la pratique, l'affrèteur à temps indique au connaissement que le propriétaire du navire assume la qualité de transporteur maritime et plus précisément de transporteur maritime contractuel⁹¹. Or, en réalité, c'est lui, l'affrèteur qui réalise l'opération physique du déplacement de la marchandise, signe, après autorisation du propriétaire du navire le connaissement tout en y insérant une « clause *identity of carrier* » qui transfère la qualité de transporteur au propriétaire du navire. Ici, l'affrèteur à temps voudrait agir comme intermédiaire ou simple agent du frèteur ou du propriétaire du navire sans que ce dernier ne soit informé d'une telle mention inscrite au connaissement. On le voit, c'est une clause qui traduit un besoin d'effacement, une stratégie de réduction des obligations ou de responsabilité. Au début, le but d'une telle clause était de faire bénéficier l'affrèteur à temps, opérant sur des lignes régulières, du droit de limitation de responsabilité qui, historiquement n'était reconnu qu'au frèteur-transporteur maritime et éviter ainsi une action directe contre sa personne. Mais, la Convention de 1957 sur la limitation de responsabilité du propriétaire du navire a étendu ce privilège à l'affrèteur⁹². En effet, le *Merchant Shipping Act* britannique de 1958 qui modifiait celui de 1894, Sections 502 et 503, devait étendre ce droit à d'autres personnes que le propriétaire du navire (*Liability of Shipowners and others*).

91. S. HARRINGTON : « Legal Problems Arising from Containerization and International Transport », (1982) 17 *European Transport Law* 3, p. 5.

92. C. PEJOVIC, *op. cit.*, note 19, p. 300.

De ce qui précède, on a pu donc avancer que la clause *identity of carrier* constitue une fiction⁹³ d'autant plus qu'elle ne permet pas aux tiers porteurs du titre de transport de savoir avec exactitude leur cocontractant et engager contractuellement leur responsabilité. Comme le disait si bien Chao, « la clause *identity of carrier* porte bien mal son nom : non seulement l'identité du propriétaire n'y est pas révélée, mais encore elle reste indéterminée, lorsque par ailleurs une clause du connaissance prévoit la possibilité de substituer un autre navire à celui mentionné au titre »⁹⁴.

B. UN APERÇU DU DROIT COMPARÉ

Une étude comparée⁹⁵ fait ressortir une hostilité quasi générale des droits nationaux à l'égard de la clause *identity of carrier* ou la *demise clause*. Dans sa plus récente étude⁹⁶ sur la question, le professeur W. Tetley, ardent opposant à la *demise clause* a fait l'état du droit. En général on considère que cette clause est nulle et non avenue, car en vertu de l'article 1 des règles de La Haye, l'affrèteur qui a contracté en son propre nom reste le transporteur maritime au même titre que le fréteur. Vouloir transférer cette qualité à une autre personne constitue une violation de l'article 1 des règles de La Haye qui sont d'ordre public, et donc des règles impératives. Les règles de Hambourg consacrent celles de La Haye d'autant plus qu'elles prévoient une responsabilité solidaire du transporteur contractuel et du transporteur de fait. De sorte que la clause *identity of carrier* ne saurait dégager le propriétaire du navire de ses obligations en sa qualité de fréteur, étant entendu que celui-ci peut prendre le statut de transporteur maritime. Dans certains pays de droit civil, la clause *identity of carrier* n'est d'aucune validité. Par exemple en France, la jurisprudence ne reconnaît pas la clause *identity of carrier* et considère le propriétaire du navire comme étant le transporteur maritime si c'est son nom qui figure sur

93. J.P.A., 1998, n° 6, p. 504.

94. A. CHAO : « Réflexions sur la Identity of Carrier Clause », *DMF*, 1967, p. 18.

95. C. PEJOVIC, *op. cit.*, note 19, p. 301 et suiv.

96. W. TETLEY : « The Demise of the Demise Clause? », (1999) 44 *McGill L.J.* 807.

le connaissance. En Italie⁹⁷, pays de droit civil, c'est l'affrètement qui est transporteur maritime, ayant à travers la charte-partie, l'obligation d'assurer le transport maritime. Le propriétaire du navire, étant responsable de la navigabilité de son navire (obligation nautique) ne saurait en principe être considéré comme transporteur, sauf s'il apparaît comme tel dans le connaissance. En Allemagne⁹⁸, pays de droit civil, c'est l'affrètement à temps qui est transporteur maritime dans la mesure où le capitaine a signé le connaissance non pas en tant qu'agent du propriétaire du navire, mais de l'affrètement. Quelle est, en guise d'illustration, la situation dans ces trois pays de common law que sont l'Angleterre, le Canada et les États-Unis relativement à la clause *identity of carrier* ou *demise clause*?

1. L'identification du transporteur maritime en droit maritime anglais

Le droit anglais⁹⁹ et récemment le droit japonais dans l'affaire *The Jasmin*¹⁰⁰, se montrent favorables à cette clause. La jurisprudence anglaise par exemple reconnaît la validité de la clause *identity of carrier* en postulant qu'elle n'a pour but que d'identifier le transporteur et de considérer l'affrètement comme agent du propriétaire du navire. De sorte que « si l'expéditeur accepte un connaissance assorti d'une clause *identity of carrier*, cela signifie qu'il a accepté que le propriétaire du navire soit considéré comme transporteur responsable en vertu du connaissance »¹⁰¹. Or, en principe, la révision en 1958 du *Merchant Shipping Act* de 1894 devait réduire à néant la validité de la *demise clause* en droit anglais puisqu'il étend ou fait bénéficier le principe de limitation de responsabilité à l'affrètement. Les arrêts de principe *The Berkshire*¹⁰², *The Vikfrost*¹⁰³, *The Henrik Sif*¹⁰⁴ illustrent

97. C. PEJOVIC, *op. cit.*, note 15, p. 390.

98. *Id.*, p. 392.

99. *Id.*, p. 301.

100. *Id.*, p. 302.

101. C. PEJOVIC, *op. cit.*, note 19, p. 301.

102. [1974] 1 *Lloyd's Law Reports*, p. 187.

103. [1980] 1 *Lloyd's Law Reports*, p. 560.

104. [1982] 1 *Lloyd's Law Reports*, p. 456.

bien la bonne réception par le juge anglais des clauses dites *demise clause*. Mais une telle prétendue acceptation ne saurait empêcher l'expéditeur de rechercher par tout autre moyen son cocontractant. Ainsi, dans l'affaire *The August Leonhardt*¹⁰⁵, en dépit du fait que le connaissance comportait une « clause *identity of carrier* », la partie défenderesse devait chercher à établir l'identité du transporteur d'après le connaissance, quitte, en cas d'insuccès d'une telle démarche, à initier une action de saisie *in rem* contre le navire. Dans l'affaire *The Nerano*¹⁰⁶ où il était stipulé une clause *identity of carrier* qui considérait en substance que le contrat était conclu entre les expéditeurs et les propriétaires du navire, les consignataires de la marchandise entendaient poursuivre les propriétaires du navire *Nerano*. Le juge anglais dans ces deux cas ne s'est toutefois pas prononcé expressément pour ou contre la validité de la clause *identity of carrier*. Ce silence est-il le reflet fidèle de sa jurisprudence constante qui a toujours et jusqu'ici validé de telles clauses? Dans l'affaire *The Atlantic Song*¹⁰⁷, le connaissance contenait une « clause *identity of carrier* » qui stipulait que :

unless otherwise stated the contract evidenced by this bill of lading is between the Merchant and the owner of the vessel named herein (or substitute) and it is therefore agreed that said Ship owner only shall be liable for any damage or loss due to any breach or nonperformance of any obligation arising out of the contract of carriage whether or not relating to Vessel's seaworthiness... It is further understood and agreed that as the Line, Company or Agents who has executed this bill of lading is not a principal in the transaction, said Line, Company or Agents shall not be under any liability arising out of the contract of Carriage, nor as Carrier nor Bailee of the goods.

Le juge anglais n'a nullement remis en cause la validité de la clause, car devait-il conclure en l'espèce « qu'il n'existe aucun problème quant à l'application des principes applicables à cette proposition »¹⁰⁸. Certes l'arrêt *Rewia* ne comporte

105. [1984] 1 *Lloyd's Law Reports*, p. 325.

106. [1996] 1 *Lloyd's Law Reports*, p. 1.

107. [1983] 2 *Lloyd's Law Reports*, p. 395.

108. *Id.*, p. 395.

pas de clause *identity of carrier* qui conserve sa validité en droit anglais, mais le juge entend responsabiliser les propriétaires de navires en affirmant que « si *Rewia* déléguait le pouvoir de conclure des contrats de transport en leur nom, ils devaient donner des instructions à leurs agents d'utiliser des mots qui permettent au chargeur de savoir l'identité du transporteur »¹⁰⁹. En droit anglais, on peut retenir que le propriétaire du navire est responsable en tant que transporteur maritime eu égard au principe du droit d'agence et de la règle de la common law selon laquelle la charte-partie à temps est considérée comme un contrat de transport¹¹⁰.

Si le navire fait l'objet d'un affrètement au voyage il n'y a pas transfert à l'affréteur de la gestion commerciale du navire. Dès lors, la clause *identity of carrier* n'est d'aucune justification puisque la qualité de transporteur maritime ne peut être assumée que par le propriétaire-fréteur. Mais ce principe n'est pas absolu. La volonté contractuelle des parties permet d'y déroger notamment lorsque « la charte prévoit le transfert à l'affréteur au voyage d'une large participation à l'exploitation commerciale du navire, en particulier la responsabilité du chef des pertes ou dommages à la marchandise transportée »¹¹¹.

Quant à la *demise clause*, elle paraît s'assimiler à la « cesser clause » qui, une fois insérée dans la charte-partie, consiste, pour emprunter l'expression au doyen Rodière, en une « décharge conventionnelle des obligations de l'affréteur »¹¹² après le chargement de la marchandise. La *demise clause*¹¹³ est une clause insérée dans un connaissement stipulant que le contrat de transport est conclu entre le chargeur ou le porteur du connaissement et le propriétaire du navire. En général, la *demise clause* est ainsi libellée : « If the ship is not owned by or chartered by demise to the Carrier by whom this Bill of Lading is issued [...] this Bill of Lading shall take effect only as a contract with the Owner or demise charterer

109. [1991] 1 *Lloyd's Law Reports*, p. 77.

110. C. PEJOVIC, *op. cit.*, note 15, p. 385.

111. CHAO, *op. cit.*, note 94, pp. 13-14.

112. G. RIPERT : *Droit maritime*, 1952, 4^e édition, tome 2, p. 303.

113. P.R. BRODIE : *Dictionary of Shipping Terms*, Third Edition, LLP Limited, London, Hong Kong, 1997, p. 58.

as principal made through the Agency of the said Carrier who acts as Agent only and shall be under no personal liability whatsoever in contract or in tort. If however it shall be adjudged that any other than said shipowner or demise-charterer is carrier or under any responsibility whatsoever all limitations of and exonerations from liability provided by law or by the terms hereof shall be available to such other ».

Ainsi, l'assimile-t-on à la « clause *identity of carrier* » qui fait du seul propriétaire du navire le transporteur maritime. La *demise clause* signifie « une clause de défaut de transfert de la gestion technique »¹¹⁴ ou simplement une clause d'agence (*agency clause*)¹¹⁵. Son ambiguïté a été soulignée par la doctrine dominante et plus particulièrement par W. Tetley¹¹⁶. Comme la *identity of carrier clause*, la *demise clause* fait l'objet d'un rejet jurisprudentiel quasi général.

2. L'identification du transporteur maritime en droit maritime canadien

Au Canada, la Cour fédérale a eu à se prononcer sur la validité de cette clause. Dans l'affaire *Lantic Sugar Ltd. v. Blue Tower Trading Corp*¹¹⁷, l'expéditeur a émis un connaissement signé par le capitaine en sa qualité d'agent seulement (*as agent only*). Mais la compagnie Fednav, affréteur à temps ou par *demise* et selon les termes du connaissement, ne devait pas être liée par ledit connaissement. Le nom de Fednav n'apparaissant pas sur le connaissement, la Cour fédérale du Canada retient, sur la base d'une clause de transfert (*demise clause*) comme seul transporteur, la compagnie de transport maritime. Or, quoiqu'ayant procédé à l'organisation matérielle du transport, la compagnie Fednav, affréteur à temps, n'a pas été identifiée par la Cour fédérale du Canada comme étant le transporteur maritime. La présente décision semble s'inscrire dans les solutions retenues par l'arrêt *Paterson SS Ltd. c.*

114. E. du PONTAVICE : *La nature juridique du contrat d'affrètement par charte-partie*, Paris, 1964, p. 20.

115. A. MITCHELHILL : *Bills of Lading : Law and Practice*, London, New York, Chapman and Hall, 1982, p. 35.

116. W. TETLEY, *op. cit.*, note 7, p. 248.

117. [1992] 52 F.T.R. 161.

*Aluminium Co.*¹¹⁸ et celui du *Ewie*¹¹⁹. Dans ces deux espèces, il ne se posait certes pas de problème relatif à la « *identity of carrier clause* », mais le juge a estimé que c'est le propriétaire du navire qui devait assumer la qualité de transporteur maritime en dépit du fait que le connaissement portait l'en-tête de l'affrèteur. Dans l'affaire *Canastrand Industries Ltd. v. The Lara S*¹²⁰ une cargaison de ficelle transportée du Brésil à Toronto a subi des avaries. Une des conditions de l'affrètement prévoyait que « le navire devra être mis à la disposition des affrêteurs [...] en prenant possession du navire, les affrêteurs ne déchargent pas les propriétaires de leurs obligations en vertu du présent affrètement »¹²¹. Le réceptionnaire de la cargaison a poursuivi le propriétaire du navire, l'affrèteur à temps et l'émetteur du connaissement. Dans cette affaire, la Cour fédérale du Canada devait conclure que le propriétaire du navire, *Armadaores Lara S.A.* a la qualité de transporteur au regard des connaissements¹²² en affirmant qu'« il semble tout à fait juste de tenir le capitaine et par conséquent son employeur, le propriétaire du navire solidairement responsables avec l'affrèteur des avaries qui découlent d'un arrimage inadéquat »¹²³. Et W. Tetley de préciser à propos de cette affaire que « l'armateur était responsable dans le contrat comme transporteur, parce que le connaissement avait été signé pour le capitaine par un mandataire de l'affrèteur à temps. Un affrètement à temps n'étant pas un transfert du navire, le capitaine avait engagé l'armateur, son employeur. L'affrèteur à temps fut aussi tenu conjointement et solidairement responsable comme transporteur avec l'armateur, à cause du caractère commun de leur opération de transport maritime »¹²⁴.

Mais le revirement jurisprudentiel le plus net est apparu dans l'affaire *Canficorp c. Cormorant Bulk-Carriers*¹²⁵ où la Cour fédérale d'appel a, en dépit de l'existence d'une clause

118. [1951] R.C.S. 852, p. 859.

119. [1980] 2 R.C.S. 322, p. 324.

120. [1993] 2 F.C. 533, (*Canastrand Industries Ltd. v. Lara S*).

121. *Id.*, p. 565.

122. *Id.*, p. 601.

123. *Ibid.*

124. W. TETLEY: « Chronique de droit maritime canadien 1993-1994 », *DMF*, 1995, n° 546, p. 160.

125. [1984] 54 N.R. (National Reporter) 66, p. 69 et suiv.

identity of carrier, tenu l'affréteur comme transporteur. Dans la jurisprudence *Jian Sheng Co.* était en cause une clause *identity of carrier*. En l'espèce la Cour fédérale a fait la distinction entre connaissance de propriétaire et connaissance d'affréteur.

En effet, selon la Cour, s'il s'agit de connaissements des propriétaires de navires, « il y a une présomption selon laquelle le propriétaire est le transporteur. Dans les connaissements des affréteurs, la présomption veut que ce soit l'affréteur à coque nue qui soit le transporteur. Toute autre personne peut être le transporteur uniquement lorsque ces présomptions ont été réfutées, ce qui ne se produit que lorsqu'il y a une preuve que cette autre personne a en fait assumé le rôle de transporteur en vertu d'un contrat de transport avec le chargeur »¹²⁶. Ainsi, l'analyse de la clause *identity of carrier* a conduit la Cour à dire que le connaissement en cause était un connaissement du propriétaire, c'est-à-dire conclu entre celui-ci et le propriétaire de la cargaison¹²⁷. Mais, le fait que le connaissement soit celui du propriétaire est-il suffisant pour tenir ce dernier comme étant le transporteur? Peut-être pas de façon systématique, car en la matière il n'y a qu'une « présomption réfutable »¹²⁸, c'est-à-dire simple et pouvant souffrir de la preuve contraire. C'est ainsi que dans l'affaire *Jian Sheng*, la Cour fédérale du Canada a conclu que le transporteur est le propriétaire du navire au regard du connaissement¹²⁹. Par cette décision, la Cour fédérale canadienne effectue un revirement dans sa jurisprudence puisqu'elle réhabilite ou valide la clause *identity of carrier* qui tient en l'espèce le propriétaire du navire comme étant le seul transporteur maritime, l'affréteur à temps n'étant en l'espèce pas responsable, ne peut supporter aucune responsabilité. Autrement dit, pour la Cour, il ne peut y avoir qu'un seul transporteur qui peut être soit le propriétaire du navire, soit l'affréteur, mais non les deux. Dans l'affaire *Voest-Alpine Stahl Linz* où était en cause une clause *identity of carrier*, les intérêts-cargo, demandeurs à l'action et en dépit de la

126. [1998] 3 F.C. 418, p. 420, (*Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.*).

127. *Id.*, p. 437.

128. *Supra*, note 126, p. 438.

129. *Id.*, p. 435.

clause *identity of carrier* insérée dans le connaissement poursuivent à la fois la compagnie *Federal Pacific Ltd.* propriétaire du navire et *Federal International Ltd.*, affréteur à temps¹³⁰. Les parties ayant subi des dommages, engagent la responsabilité du propriétaire du navire et celle de l'affréteur à temps en se basant sur le fait qu'ils constituent une entreprise commune ou *joint venture*. La Cour fédérale du Canada rejette la théorie de la *joint venture* qui, devait-elle reconnaître, n'existe pas au regard des documents de transport que sont la charte-partie et le connaissement. La Cour devait conclure que le transporteur maritime est bien la compagnie *Federal Pacific Ltd.* qui n'était pas engagée dans une *joint venture* avec *Fednav Ltd.* affréteur à temps¹³¹. En droit maritime canadien, le propriétaire du navire est donc considéré comme transporteur maritime si le capitaine a signé le connaissement en qualité d'agent du propriétaire¹³². Toutefois, l'affréteur peut devenir transporteur maritime s'il s'est comporté comme tel en faisant apparaître son nom sur le connaissement, en le signant ou en le faisant signer par son agent¹³³. Selon C. Pejovic, le problème relatif à la clause *identity of carrier* n'est pas clairement résolu car tantôt le juge reconnaît sa validité, tantôt il la rejette¹³⁴ purement et simplement.

3. L'identification du transporteur maritime en droit maritime américain

La jurisprudence constante américaine¹³⁵ a toujours considéré la *demise clause* comme étant une fraude, en violation de l'article 3(8) des règles de La Haye. En général, en droit américain comme le souligne Schoenbaum : « dans le cas plus fréquent d'une charte-partie à temps ou au voyage, où le propriétaire conserve la possession et le contrôle du navire, le propriétaire du navire, règle générale, sera le transporteur

130. *Voest-Alpine Stahl Linz et al. v. Federal Pacific Ltd. et al.*, Federal Court of Canada, Trial Division, 1999, T. 1296-95, p. 17.

131. *Id.*, p. 20.

132. [1980] 2 R.C.S. 322 (*Aris Steamship Co. v. Associated Metals & Minerals Corp.*).

133. C. PEJOVIC, *op. cit.*, note 15, p. 388.

134. *Ibid.*

135. W. TETLEY, *op. cit.*, note 7, p. 251.

sous le régime de la COGSA (*Convention of Goods by Sea Act*). Cependant, lorsque les faits montrent que le connaissement a été émis avec l'autorisation de l'affrètement, celui-ci pourra être le transporteur et le propriétaire du navire pourra éviter d'être tenu personnellement responsable »¹³⁶. On peut donc retenir qu'en droit américain, est transporteur, selon les circonstances, le propriétaire du navire, l'affrètement, et par extension tous ceux qui ont pris part au transport de la marchandise.

Le droit américain a évolué sur ce point. D'abord le juge américain dans l'affaire *The Iristo*¹³⁷ avait reconnu la validité de la *demise clause* en rejetant les arguments des intérêts-cargo ou des chargeurs et en admettant que les sous-affrètement ne pouvaient être considérés comme des transporteurs. À l'égard de la *demise clause*, la position du juge américain ne changera pas jusqu'en 1944, puisque dans l'affaire *Balfour, Guthrie Co. v. Ivan* et dans celle dite *Dupont DeNemours & Co. v. Barge Carriers, Inc.*¹³⁸ il réaffirmera la validité de cette clause. Mais il a fallu attendre en 1949 avec l'affaire *Epstein v. United States*¹³⁹ pour que le juge américain amorçe un revirement jurisprudentiel qui dénie toute validité à la *demise clause* qui tend à limiter la responsabilité du transporteur. On retiendra pour conclure qu'en droit maritime américain, le transporteur est soit le propriétaire du navire, soit l'affrètement, soit les deux à la fois sous le rapport de la responsabilité solidaire¹⁴⁰. Une recension de la jurisprudence plus récente portant sur la *demise clause* ou la *identity of carrier clause* fait apparaître une hostilité du juge américain face à ces clauses¹⁴¹.

136. [1993] 2 C.F., p. 591.

137. 43 *Federal Supp.* 29, SDNY 1941.

138. Voir à propos de ces arrêts, R.W. PRICHETT : « The Demise Clause in American Courts », (1980) *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 387, p. 391. Ci-après *LMCLQ*.

139. *Id.*, p. 393.

140. C. PEJOVIC, *op. cit.*, note 15, p. 387.

141. W. TETLEY : « The Demise of the Demise Clause? », (1999) 44 *McGill L.J.*, pp. 814-818.

4. L'identification du transporteur maritime en droit maritime japonais

Au Japon, pays de droit civil, le principe était bien établi jusqu'en 1993 où le juge admettait qu'il ne peut exister qu'un seul transporteur et qu'en cas d'affrètement à temps, seul l'affréteur à temps avait la qualité de transporteur maritime. Le propriétaire du navire ne peut dès lors assumer cette qualité. D'où, l'invalidité de la *demise clause* depuis que le principe a été admis dans l'arrêt *R.D. Tata & Co. Ltd. c. Taiyo Shipping Co. Ltd.* de 1928. Le juge japonais a fondé sa décision de rejet de la *demise clause* en considérant la charte-partie à temps comme un contrat mixte de louage et de travail. Étant en possession du navire du fait de la location et ayant conclu un contrat d'affrètement avec une tierce partie, l'affréteur est seul responsable¹⁴². Pour invalider la *demise clause* le juge s'est basé sur l'article 704 du Code commercial japonais qui dispose que « If the lessee of a ship makes her available in navigation for the purpose of engaging in commercial transactions, he shall in relation to third person have the same rights and duties as the owner in connexion with matters relating to the use of the ship »¹⁴³. Mais l'arrêt *The Jasmin* semble effectuer un revirement jurisprudentiel en reconnaissant la validité de la *demise clause*¹⁴⁴. En droit maritime japonais, la nature juridique du contrat d'affrètement à temps assorti d'une *demise clause* reste indéterminée¹⁴⁵, même si Pejovic estime que l'affréteur demeure le transporteur maritime au regard du contrat de transport¹⁴⁶.

142. I. BROWN : « Validity of the Demise Clause Under Japanese Law and the Consequences for Enforcement Abroad of Claims Under Japanese Bills of Lading », (1993) *LMCLQ* 164, p. 165.

143. Commercial Code & The Audit Special Exceptions; Law of Japan 1994, EHS-Law Bulletin Series, Japan, EHS, vol. II, p. II, (JA 209).

144. I. BROWN, *op. cit.*, note 142, p. 164.

145. H. YOSHIMOTO : *Present Phase of Maritime Laws in Japan*, Sao Paulo Conference on the Law of the World, August 16-21, 1981, Work paper, p. 4.

146. C. PEJOVIC, *op. cit.*, note 15, p. 393.

CONCLUSION

Le particularisme du droit maritime a conduit le législateur anglais, à travers le *Carriage of Goods by Sea Act* de 1992, à apporter une exception au principe de la relativité des contrats (*privity of contract*) en reconnaissant le droit au détenteur d'un connaissance, *même tiers au contrat de transport maritime* (nous insistons), d'intenter une action contre le transporteur sans tenir compte des identités des parties originelles à la transaction¹⁴⁷. En l'absence d'une convention internationale en la matière, il demeure constant que l'identification du transporteur maritime s'avère un exercice complexe. En effet, ce défaut d'uniformité au niveau des législations nationales et l'imprécision des conventions maritimes internationales n'ont jusqu'ici pas permis de résoudre la question. De sorte que l'examen du connaissance demeure encore capital même s'il peut présenter quelques imperfections quant à l'identité du véritable transporteur maritime. Juridiquement cependant, il est difficile de tenir le propriétaire du navire comme étant partie au contrat de transport et lui faire assumer *de facto*, la qualité de transporteur maritime. En fait, le propriétaire du navire est en principe lié par la charte-partie conclue avec l'affréteur et non par le connaissance dont il est en principe tierce partie.

Toutefois, lorsque le connaissance est émis en vertu d'une charte-partie ou qu'une charte-partie se réfère au connaissance, cela soulève des problèmes notamment d'identification du transporteur maritime. Une meilleure solution¹⁴⁸ pour résoudre ce genre de difficulté serait de prendre en compte les intérêts des transporteurs et des affréteurs, et de s'assurer que le connaissance est conforme à la charte-partie. Ce qui semble une bonne approche car permettant au propriétaire du navire de savoir au moins le contenu du connaissance émis en référence à la charte-partie. En toute occurrence, il faut retenir une présomption de responsabilité

147. Shipping & Trade Law, LL.P. (Contracts of Third Parties) Act 1999: *Impact on Marine Insurance*, September 2000, p. 6.

148. H. TIBERG: «Who is the Hague Rule Carrier?», *Six Lectures on the Hague Rules*, by K. GRÖNFORS, HANDELSHÖGSKOLAN I GÖTEBORG SKRIFTER, 1967-3, p. 65.

qui pèserait à la fois sur le propriétaire du navire et toute autre personne qui, contractuellement, assume la qualité de transporteur. Le projet préliminaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur le transport de marchandises par mer semble être favorable à cette possibilité lorsqu'il admet que « [s]i les données du contrat n'identifient pas le transporteur, mais indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire désigné, le propriétaire inscrit du navire est présumé être le transporteur. Le propriétaire inscrit peut réfuter cette présomption en prouvant que le navire était l'objet, au moment du transport, d'un affrètement coque nue qui transfère la responsabilité contractuelle du transport des marchandises à un affréteur coque nue identifié »¹⁴⁹. Et techniquement, rien ne s'oppose à cela car le fréteur et l'affréteur se trouvent impliqués dans la même opération par l'émission d'un connaissement qui fait référence à la charte-partie. On peut aller un peu plus loin en retenant une présomption simple de responsabilité à l'égard de tous ceux qui directement ou indirectement ont pris part au transport de la marchandise. Pour les consortiums, il faut souligner que la jurisprudence commence à peine à se développer. Il semble cependant que la meilleure approche serait de faire jouer la théorie de l'apparence. Il faut toutefois reconnaître que la technique de la coassurance et de la renonciation à recours seront des obstacles qui ne permettront pas aux juges de statuer sur les contentieux relatifs aux consortiums d'armateurs. Dans le cas du connaissement sans en-tête, P. Bonassies estime qu'« il appartenait au fréteur d'insérer à la charte une clause permettant au capitaine de refuser de signer tout connaissement n'indiquant pas le nom du transporteur »¹⁵⁰.

Qu'en est-il de la clause *identity of carrier* ou la *demise clause*? Il faut conclure qu'en général, elle fait l'objet d'un rejet jurisprudentiel dont le fondement est double, parce que : le régime de responsabilité applicable au fréteur et à l'affré-

149. Nations Unies, Assemblée générale, A/CN.9/W.G.III/WP.21, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail III (droit des transports), Neuvième session, New York, 15-26 avril 2002, p. 54.

150. DMF, 1986, n° 34, p. 74.

teur est au même niveau d'une part et, d'autre part, parce que l'affrèteur a fait croire aux tiers qu'il était le véritable transporteur (théorie de l'apparence).

Des solutions doctrinales ont été proposées. Ainsi, on s'est posé la question de savoir dans quelle mesure la question *identity of carrier* peut être résolue quand le navire fait l'objet d'un affrètement à temps. Il a été proposé les guides suivants : « quand le connaissement est signé par le capitaine personnellement ou est signé en son nom par l'affrèteur ou son agent, alors le contrat de transport mis en évidence par le connaissement devrait être considéré comme conclu avec le propriétaire du navire immatriculé, ou si le navire est sous charte-partie par *demise*, avec l'affrèteur par *demise*. Dans de rares circonstances où l'affrèteur à temps a signé le connaissement en son propre nom et où l'intention apparaît qu'il signait en son propre nom sans indication qu'il signait au nom du capitaine ou en tant qu'agent du propriétaire, il, c'est-à-dire l'affrèteur peut être considéré comme transporteur. Un moyen pour établir l'identité du transporteur pourrait être recherché dans la charte-partie elle-même à travers une disposition indiquant l'identité véritable ou prétendue, pourvu qu'une telle disposition soit incorporée dans le connaissement et en donnant un avis d'information au chargeur et ou au tiers porteur du connaissement »¹⁵¹. Quant à Andrée Chao, elle propose qu'« une solution à ce problème consisterait à imposer, à l'instar de la Convention de Guadalajara sur l'affrètement aérien, la responsabilité commune de ce qu'elle appelle le transporteur contractuel et le transporteur de fait »¹⁵². Pour notre part, nous estimons que le contrôle d'identité ou l'identification du transporteur maritime ne saurait être une tâche à accomplir par une seule personne, mais par toutes les parties concernées par l'exploitation du navire et par le déplacement de la marchandise. Ainsi, le ban-

151. C. HILL : *Maritime Law*, Fifth Edition, LL.P, London, Hong Kong, 1998, p. 203. Traduction libre.

152. A. CHAO : « Réflexions sur la « Identity of Carrier Clause », *DMF*, 1967, p. 18; Voir aussi à propos de cette clause F. BOURLINGUER : « Cargo Claims Under Voyage and Time Charterparties », (1990) *Il Diritto Marittimo* 3, pp. 14-16.

quier¹⁵³ par son pouvoir de financement du commerce maritime grâce à l'émission par lui du crédit documentaire; le capitaine par son pouvoir de déplacer le navire et la marchandise; le chargeur par son pouvoir de confier la marchandise à un transporteur identifié ou identifiable, devraient tous pouvoir jouer un rôle en la matière.

En fait, la clause *identity of carrier* ne devrait pas être frappée d'une invalidité *ab initio*, c'est-à-dire dès sa constitution ou son insertion au connaissement. Une telle clause devrait être valable dès lors qu'une personne a accepté de prendre juridiquement la qualité de transporteur maritime et en déclinant objectivement son identité aux tiers endossataires du connaissement de charte-partie. Elle devrait bénéficier d'une présomption simple de validité. Il faut rappeler que ce qui est reproché à cette clause, ce sont les abus qu'en font les acteurs du transport maritime international. D'ailleurs on admet que la *demise clause* puisse être acceptée dans le transport maritime de vrac, mais qu'elle n'a pas de raison d'être dans les opérations de transport combiné de consortiums¹⁵⁴. Par le jeu de la « clause *identity of carrier* » et à l'instar de l'armateur-fréteur, l'affréteur à temps bénéficie du droit de limiter sa responsabilité. Par conséquent, il s'agit d'une clause qui joue non pas directement sur la responsabilité qui reste au même niveau tant pour le fréteur que l'affréteur, mais sur les obligations des parties. Si donc, on admet que le régime juridique de la responsabilité est un régime impératif, d'ordre public international, et non susceptible de ce fait de modifications par toute convention des parties, la « clause *identity of carrier* » ne peut exclusivement tendre qu'à réduire les obligations de l'affréteur à l'égard du tiers porteur du connaissement et du propriétaire du navire. Et inversement, il est constant de voir que « l'armateur ne veut être tenu que des obligations très limitées qu'il a assumées selon

153. On peut relever de la complaisance de la part des banquiers qui, sans doute mûs par la nature lucrative de certaines opérations maritimes, exigent pour tout document : « [...] une preuve écrite de l'existence de la cargaison et de son chargement ainsi que du certificat d'assurance ». Cf. *Le Monde*, 26 novembre 2002.

154. Lloyd's of London Press Ltd. : *Modern Liner Contracts*, London, 1984, p. 71. (*Demise clause* are quite normal in break-bulk shipping but totally out of place in consortium combined transport operations).

la charte-partie. Il veut de plus que cette situation subsiste, tant dans ses relations avec l'affrèteur que face au titulaire du connaissement »¹⁵⁵. Alors comment comprendre que celui qui entend limiter sa responsabilité et ses obligations accepte une clause *identity of carrier* qui lui transfère des responsabilités, et ne puisse pas réclamer son droit de regard sur de telles clauses dont il n'ignore d'ailleurs pas leur existence et leur pratique courante? Dans une industrie si complexe et coûteuse, l'ignorance de certaines pratiques telles que les clauses élusives d'obligation et de responsabilité, ne saurait être excusable pour un armateur averti. Voilà pourquoi nous adhérons à la théorie de la coentreprise implicite développée par le professeur Tetley. Cependant, on pourrait se poser la question de savoir si la notion de *joint venture* implicite défendue par Tetley ne participe pas au particularisme du droit maritime. Une réponse affirmative est possible dans la mesure où « par sa nature juridique, le contrat de transport maritime [...] est un contrat spécial, qui ne peut être comparé avec aucun autre contrat de droit civil, y compris le louage de choses ou de services, étant donné que le contrat pour le transport maritime des cargaisons a un contenu économique autonome, lequel lui détermine un but juridique indépendant, différent du contrat de louage de choses ou du contrat d'entreprise »¹⁵⁶.

Finalement, c'est en droit de l'environnement marin que la question de l'identification du transporteur maritime semble être la mieux résolue. À travers ce qu'il est convenu d'appeler les dispositions de « canalisation » prévues par les articles 3.1 et 3.4 de la Convention de 1992 sur la responsabilité civile, les victimes de dommages à l'environnement marin ne peuvent poursuivre que le propriétaire du navire. En effet, cette convention « [...] interdit [...] l'introduction de demandes d'indemnisation contre le pilote, l'affrèteur (y compris un affrèteur coque nue), l'exploitant ou l'opérateur du navire, ou bien contre toute personne qui est intervenue dans des opérations d'assistance ou qui a pris des mesures de sau-

155. I. ARROYO, *op. cit.*, note 48, p. 728.

156. M. MATEESCO: *Le droit maritime soviétique face au droit occidental*, Paris, Pedone, 1966, p. 113.

vegarde »¹⁵⁷, avec cette possibilité toutefois pour les victimes d'agir directement contre des personnes autres que le propriétaire du navire. Mais dans ce cas, leurs actions devraient être menées en dehors de la Convention sur la Responsabilité Civile¹⁵⁸. Autrement dit, l'action principale est intentée contre le propriétaire du navire, et subsidiairement contre les autres intermédiaires de la chaîne du transport.

Yacouba Cissé
1465, rue Caldwell
Appartement 1203
OTTAWA (Ontario) K1Z 8L9
Tél. : (613) 234-2054
Télec. : (613) 761-5820
Courriel : ycisse@uottawa.ca

157. *Rapport annuel 2000-2001 de l'Administrateur de la Caisse d'Indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires*, Ottawa, Canada, p. 41.

158. *Id.*, p. 40.