



Le partage équitable du trafic maritime international : entre conflits d'intérêts et libéralisation des transports en Afrique

Ebénézer Kenguep

► To cite this version:

Ebénézer Kenguep. Le partage équitable du trafic maritime international : entre conflits d'intérêts et libéralisation des transports en Afrique. Neptunus, 2015, N° spécial 20 ans. hal-03780545

HAL Id: hal-03780545

<https://hal.science/hal-03780545>

Submitted on 19 Sep 2022

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

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

LE PARTAGE EQUITABLE DU TRAFIC MARITIME INTERNATIONAL : ENTRE CONFLITS D'INTERÊTS ET LIBERALISATION DES TRANSPORTS EN AFRIQUE

Dr. KENGUEP Ebénézer

Chargé de cours (HDR) à la Faculté des Sciences Juridiques
Et Politiques de l'Université de Douala

Vingt années se sont donc écoulées depuis qu'Yvan Julia, Avocat à la Cour Suprême de Panama et Jean-Michel Morinière, Avocat à Abu Dhabi et Dubaï, ont eu l'ingénieuse idée de créer la première revue électronique juridique francophone du CDMO (*Neptunus*) consacrée au droit maritime et océanique¹. L'occasion nous paraît franchement idoine de leur rendre un vibrant hommage pour l'incommensurable service rendu à la communauté scientifique et de porter un regard analytique sur l'une des préoccupations fondamentales du droit maritime dont la particularité est qu'il est, entre autres, ordonné autour de la nécessité de partager équitablement le trafic maritime entre les Etats², puisque par nature, il a toujours été considéré comme un droit international³. Le principe d'un partage équitable de ce trafic a été proclamé par le Code de conduite des conférences maritimes du 6 avril 1974 et repris par la Charte africaine des transports maritimes dont le texte définitif a été approuvé par le Conseil Exécutif de l'Union Africaine qui s'est réuni à Kampala en Ouganda du 25 au 27 juillet 2012⁴. Pour les Etats africains, le développement harmonieux des transports maritimes sur le continent passe nécessairement par le maintien d'un juste équilibre entre les intérêts des chargeurs et ceux des exploitants de navires. Cette idée fait suite à la proclamation d'un nouvel ordre maritime international dont le but était de permettre aux pays en développement de prendre part aux revenus du commerce maritime mondial⁵.

En cette année anniversaire, comment ne pas se souvenir que le 22 décembre 1994, année de création de la revue, la première version du Code de la marine marchande des Etats membres de la

¹ Première revue électronique française, *Neptunus* a été créée en 1994 à l'initiative de deux étudiants, Jean Michel MORINIERE et Yvan JULIA du Centre de Droit Maritime et Océanique (CDMO) fondé en 1970 par le professeur Mircea Mateesco-Matte.

² P. Chauveau, *Traite de droit maritime*, Librairies Techniques, 1958, Introduction générale, p. 7 : Historiquement, et surtout par essence, c'est le droit d'un certain milieu géographique et social, la mer avec ses rivages, et la communauté des hommes qui s'y aventurent » ; Irène Mamno, « Le risque en droit des transports maritimes de marchandises », Mémoire de Master II recherche, Université de Douala, 2012-2013.

³ Gurvan Branellec, « La coexistence des règles applicables au contrat de transport international de marchandises par mer : contribution à l'étude de l'uniformité du droit », Thèse, Université de Bretagne occidentale, 2007, p.12.

⁴ Auguste Mbappé Penda, « La Charte africaine des transports maritimes, un merveilleux instrument de dynamisation de la politique africaine des transports maritimes », *Revue africaine des affaires maritimes et des transports (RAMATRANS)*, n° 5, juill. 2013, p. 7 et 8 ; Sérigne Thiam Diop, « Les chargeurs africains face à la libéralisation des transports maritimes internationaux », *RAMATRANS*, n° 3, janv. 2011, p. 7 et 8.

⁵ Léon Folquet, « La réglementation de l'UEMOA en matière de transport maritime », *RAMATRANS*, n° 5, juill. 2013, p. 18 à 25 ; M. Ndendé, *Le nouvel ordre maritime international : Histoire d'un mythe. ... Etudes offertes à Philippe – Jean Hesse*, P.U.R., Rennes, 2003, p. 193 et s.).

CEMAC a été adoptée⁶, et qu'il constitue aujourd'hui encore, l'une des plus belles réussites africaines en matière de communautarisation du droit des transports puisqu'il a inspiré de très nombreux travaux de doctrine et fondé d'abondantes décisions de justice⁷. L'un de nos précédents articles intitulé : « Les Règles de Rotterdam, dérive et servitude du législateur maritime de la CEMAC »⁸, a servi de prétexte non seulement pour une apologie bien méritée mais également pour relever que ce code croulait néanmoins sous le poids de son âge et que malgré sa première cure de jouvence intervenue le 3 août 2001, il n'a pas échappé aux nombreuses mutations récentes du transport maritime caractérisées notamment par le développement de la conteneurisation et du transport multimodal transmaritime ainsi que l'utilisation inévitable des documents électroniques de transport. La nouvelle orientation, telle qu'elle résulte du texte de 2001, était alors conforme à la volonté des pays en développement « d'adopter des mesures protectrices pour leur industrie maritime »⁹ et concrètement, d'introduire dans le « nouveau » code toutes les dispositions pertinentes des Règles de Hambourg plus équilibrées entre les intérêts des chargeurs et des transporteurs. Contre toute attente et en dépit des virulentes critiques de la doctrine tant africaine qu'occidentale ou même asiatique, la dernière version de ce code a été adoptée le 22 juillet 2012 après avoir reproduit, à la lettre, de nombreuses dispositions controversées des Règles de Rotterdam non encore en vigueur¹⁰.

L'adoption de ce code fonde profondément les débats récents en matière de recherche d'équilibre et de partage équitable du trafic maritime international¹¹. Elle permet, par ailleurs, de justifier les nombreux conflits d'intérêts qui ont toujours prévalu dans la construction d'un droit maritime uniforme. La méthode conventionnelle d'unification dont la prééminence ne fait plus l'objet d'aucun doute, présente certes l'avantage idéologique de postuler l'égalité souveraine des Etats sur la scène internationale. Mais pour la majorité des auteurs, l'unification universelle est hors de portée car, « le niveau inégal des différentes civilisations et sociétés qui composent le monde conduit à des besoins et des buts différents mais aussi à des moyens distincts pour les atteindre »¹². Grâce à la méthode conventionnelle, les Etats qui participent à l'élaboration du texte de droit uniforme arrêtent d'un commun accord le contenu matériel des règles applicables. Or, il est possible, au moment de l'élaboration du compromis, que les Etats les plus puissants, économiquement ou politiquement,

⁶ Le traité fondateur de la CEMAC est un dispositif de sept (7) articles signé le 16 mars 1994 à N'Djamena au Tchad. La CEMAC a été créée pour remplacer l'UDEAC qui existait depuis 1964.

⁷ Voir par exemple, J. Biamo, « La communautarisation du droit des transports en Afrique : le cas de l'Afrique de l'Ouest et du Centre », Thèse de Doctorat en droit soutenue le 10 nov. 2008 à l'Université de Yaoundé II – Soa (Cameroun) ; J. Nguene Nteppe, « La nouvelle Convention des Nations Unies dite Règles de Rotterdam et le défi de la construction d'un nouvel ordre maritime international », *RAMATRANS*, janv. 2011, n° 3, p. 33 et s. ; M. Ndendé, La construction du droit des transports maritimes en Afrique, *Revue congolaise des transports et des affaires maritimes*, n° 1, août –déc 2004, p. 87 et s. ; C.A. du Littoral, arrêt n° 035/C du 19 févr. 2010, Affaire La société SAGA CAMEROUN S.A. & Autres c/ AXA CAMEROUN S.A., inédit ; C.A. du Littoral, arrêt n° 048/C du 19 mars 2010, Affaire Société Mediteranean Shipping Company (MSC) c/ Société Elevage Promotion Afrique, inédit ; C.A. du Littoral, arrêt n° 063/C du 16 avril 2010, Affaire La société SAGA CAMEROUN c/ ACTIVA ASSURANCES, inédit ; C.A. du Littoral, arrêt n° 048/C du 15 févr. 2013, Affaire Société EXPRESS AFRIQUE CONGO S.A. c/ Société SDV CAMEROUN S.A. et Société SOCOMAR SA, inédit ; C.A. du Littoral, arrêt n° 095/C du 1^{er} avril 2013, Affaire NAOUSSI Joseph c/ Société SDV CAMEROUN, inédit ;

⁸ *Juridis Périodique*, n° 97, janv-févr-mars 2014, p. 99 à 110.

⁹ Georges Assonites, *Réglementation internationale des transports maritimes dans le cadre de la CNUCED*, Presses Universitaires de France, Paris 1999, p. 5.

¹⁰ Ebénézer Kenguep, « Les Règles de Rotterdam : dérive et servitude du législateur maritime de la CEMAC », *Juridis Périodique*, n° 97, janv-févr-mars 2014, p. 99 à 110.

¹¹ Ebénézer Kenguep, *Droit des transports OHADA et CEMAC*, éd. CRAF, 2012, p. 17 et s. ; Du même auteur, « La recherche de l'équilibre dans les rapports contractuels de transport. Tribulations et désillusions d'un juriste africain de l'OHADA », Habilitation à diriger des recherches (HDR), Université de Yaoundé 2 Soa, 27 mai 2015 ; « Les clauses dérogoatoires de compétence maritime : les ambiguïtés d'un antagonisme Nord-Sud », *Revue électronique Neptunus*, Volume 22, 2015/2, avril-mai-juin 2015 ; Gaston Ngamkan, Les Règles de Rotterdam : le point de vue d'un maritimiste africain, *DMF*, n° 755, févr. 2014, p. 151 et s.

¹² R.H. Graveson, « L'étendue du domaine de l'unification du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1964, p. 6 et s., cité par G. Branellec, Thèse précitée, p. 64, n° 82.

imposent aux autres des normes qu'ils auraient choisies dans leur seul intérêt¹³. En effet, l'importance stratégique des transports maritimes de marchandises justifie l'intérêt que les Etats et les pouvoirs publics leur accordent depuis des siècles¹⁴. Les armements nationaux constituent une importante source de richesse pour les Etats de sorte que, toute démarche étatique et isolée allant dans le sens d'une aggravation de la responsabilité des armateurs risque d'affaiblir l'armement national par rapport aux concurrents étrangers¹⁵. Dès lors, le choix opéré à l'échelle internationale d'adopter des règles conventionnelles paraît judicieux et ambitieux, le but étant de s'affranchir des législations nationales afin d'assurer la sécurité juridique des transports maritimes de marchandises.

Pourtant, malgré cette forte aspiration à la coopération internationale, gage d'équité et de sécurité matérielle et juridique du transport maritime, le chemin qui a conduit à la première tentative d'uniformisation et aux rencontres répétées dans ce sens, n'a pas toujours été un long fleuve tranquille. Loin de favoriser la cohésion, la coopération internationale a rencontré de nombreux obstacles spécifiques au droit des transports maritimes de marchandises lui-même fortement agité par les questions liées à la répartition du trafic international. Ces obstacles, qui sont à l'origine de nombreux conflits et de ses effets pervers sur les armements fragiles des pays en développement et africains en particulier, perturbent depuis des décennies la recherche d'un partage équitable des activités maritimes entre les Etats¹⁶ (I). Ils représentent non seulement le reflet contractuel de l'opposition inégalitaire entre la partie faible et la partie forte, mais également le champ de prédilection des conflits d'intérêts étatiques corroborés ces dernières années par la libéralisation des transports maritimes qui s'est progressivement substituée à la répartition des cargaisons en Afrique¹⁷. Ils permettent malheureusement de se rendre compte que le partage équitable prôné par le nouvel ordre maritime international n'est en réalité qu'un mythe (II).

I- LES OBSTACLES AU PARTAGE EQUITABLE DU TRAFIC MARITIME INTERNATIONAL

Créé pour les besoins du transport maritime de marchandises¹⁸, le droit maritime, dont l'origine remonte à l'époque où à bord de leurs embarcations, les hommes « *ont cessé de ne transporter que des butins de guerre, pour y charger des cargaisons destinées à être troquées* »¹⁹, a été développé de l'antiquité²⁰ au dix-septième siècle par les marchands, avant de perdre sa spontanéité,

¹³ Delmas – Marty, « La mondialisation du droit, chances et risques », D. 1999, chroniques, p. 43.

¹⁴ Le dix-neuvième siècle a vu naître une remise en cause du pouvoir des Etats inspirée par un certain libéralisme : G. Branellec, Thèse, p. 20, n°94.

¹⁵ A titre d'illustration, Colbert avait développé, dans la « grande ordonnance de la marine d'août 1681 (encore appelée ordonnance de Colbert), une politique maritime comportant quatre volets : la formation des marins, le commerce maritime, la création d'infrastructures portuaires et la construction navale. D'après M.G. Branellec, cette politique du « domaine maritime » visait à permettre le développement du transport et du commerce maritime français face aux Anglais et aux Hollandais qui monopolisaient le commerce de mer.

¹⁶ P G. Pougoué, « L'avant projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire », Ohadata D-07-41, p. 3 ; A.M. Tonleu, « L'évolution des rapports entre chargeurs et armateurs dans le transport maritime », Mémoire de Master II professionnel en Transports internationaux sub-sahariens, Universités de Paris I Sorbonne et Douala, 2011-2012.

¹⁷ Décret n° 85/045 du 22 janv. 1985 portant réglementation et répartition des cargaisons en provenance ou à destination de la République Populaire du Congo ; Loi n° 78/09 du 12 juill. 1978 portant modification de la loi n° 74/19 du 5 déc. 1974 et chargeant le Conseil National des Chargeurs du Cameroun (CNCC) de la répartition des cargaisons maritimes en trafic international ; Loi n° 97/22 du 30 déc. 1997 portant libéralisation du transport maritime en République du Cameroun.

¹⁸ Le droit du transport maritime est « venu de la base » et constitue à cet effet « un droit spontané » : Philippe Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz, Paris 2005, p. 37 : Pour cet auteur, la coutume et l'acte juridique, sources venues de la base, constituent un droit spontané ; Branellec, Thèse, p.14, n° 5.

¹⁹ Martine Rémond-Gouillond, *Droit maritime*, 2^e éd. Pédone Paris, 1993, p.10, n° 3.

²⁰ L'antiquité est une période de l'histoire correspondant aux plus anciennes civilisations, que l'on situe des origines des temps historiques à la chute de l'empire romain (476 apr. J.C.) : cf. *Petit Larousse illustré* 2010.

par l'intervention des Etats. Celle-ci fait suite à l'apparition des premiers armements intervenue entre les 16^e et 17^e siècles car, les marchands qui étaient des navigateurs-propriétaires de navires ont progressivement cessé de voyager pour se faire remplacer à bord par un subrécargue²¹. Etant devenu une opération très fructueuse, le transport maritime de marchandises à partir des pays tels que l'Angleterre, l'Espagne, la France, les Pays-Bas et le Portugal vers leurs colonies respectives a suscité l'élaboration de politiques protectionnistes des intérêts nationaux caractérisées par le monopole des transports nationaux aux navires nationaux. L'intervention des Etats marque aussi le passage d'une unification spontanée à une unification « construite » qui se réalise par l'adoption de conventions internationales dont la particularité est qu'elles ne requièrent pas l'accord du destinataire.

Dans le même temps, l'intensification des échanges commerciaux a corrélativement favorisé la spécialisation, l'armateur se concentrant sur la seule préoccupation du chargeur : « l'acheminement d'une marchandise d'un point à un autre et sa remise en bon état au destinataire »²². Des pratiques universellement utilisées sous le nom de « *négligence clause* » marquent alors le point de départ d'une longue bataille entre les chargeurs, constitués en majorité de pays en développement et les armateurs composés majoritairement de pays développés²³. Mus par le souci constant d'imposer leur volonté contractuelle et s'assurer une position dominante dans les revenus générés par le commerce maritime international (A), ces derniers ont entrepris de construire et de consolider leur hégémonie dans le transport maritime international de marchandises en utilisant des techniques aussi bien conventionnelles qu'épistolaires²⁴ (B).

A- La volonté permanente des pays d'armateurs de dominer le commerce maritime international

L'un des obstacles majeurs au partage équitable résulte certainement de la volonté constante des armateurs de dominer l'ensemble du commerce maritime international. Jusqu'en 1974, année de la mise en œuvre du nouvel ordre maritime international, les pays en développement subissent le *diktat* des armements des pays développés qui leur imposent des taux de fret élevés et la charge de l'essentiel du risque de mer. Cette situation, qui est aussi le reflet des conflits d'intérêts et de la prééminence de l'impératif de liberté contractuelle sur celui de justice, s'est manifestée à travers la pratique odieuse de la « *négligence clause* » (1) et de l'arbitraire « illimité » (2).

1- La pratique odieuse de la « *négligence clause* »

Le développement de la marine marchande a surtout permis aux chargeurs de ne plus se sentir strictement obligés de louer un navire en totalité ou en partie, ce qui a donné naissance à une nouvelle forme de coopération économique par la conclusion d'un contrat de transport distinct du contrat

²¹ Le subrécargue a d'abord été présenté comme l'agent des chargeurs. Il était alors désigné par les marchands pour accompagner leurs cargaisons à bord des navires, veiller sur les intérêts de ces derniers et surveiller le capitaine, agent de l'armateur. Dans sa fonction moderne, il est désigné par l'armateur pour soulager le capitaine de ses fonctions commerciales. P. Bonassies et C. Scapel, *Droit maritime*, LGDJ, 2^e éd. 2010, n° 657.

²² P. Chauveau, *Traité de droit maritime*, Librairies Techniques, 1958, p. 418.

²³ Les conflits d'intérêts entre armateurs et chargeurs d'un même pays, opportunément relevés par Branellec, ne permettent pas de remettre suffisamment en cause la construction classique qui tend à présenter le monde maritime sous un schéma dichotomique comprenant les pays du Nord, industrialisés et transporteurs, et les pays du Sud en développement et plutôt chargeurs, Thèse préc. p. 76 ; Voir surtout, Pierre Léonard, « Les transports maritimes dans les relations Nord-Sud », *Annales IMTM* 1989, n° spécial « dossier : les plates-formes portuaires et le droit maritime à l'heure des EDI », 1989, p. 126.

²⁴ Koffi Christophe Nubukpo, « Le nouvel ordre maritime international en question », *JMM* du 06 oct. 1995, p. 2478 et s. Cette vision nous paraît toujours d'actualité en dépit de l'arrivée massive des pays émergents dans le peloton de tête. C'est le cas des pays tels que la Chine, Singapour et Taïwan, respectivement 4^e, 5^e et 6^e pays de trafic de conteneurs, la Chine se payant même le luxe d'être le premier pays de construction navale en 2010.

d'affrètement dont l'objet consistait à mettre à disposition un navire. Cette évolution de la marine marchande coïncide avec la rude concurrence commerciale que se livrent les compagnies de transport maritime pour s'attirer la clientèle par la baisse des tarifs, malheureusement contrebalancée par l'introduction malicieuse et pernicieuse des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité en cas de dommages subis par la marchandise transportée. Bien que subissant avec résignation ces pratiques odieuses des transporteurs face auxquels ils avaient perdu toute capacité de négociation contractuelle, les chargeurs ont néanmoins tenté de lutter contre ces clauses particulièrement préjudiciables pour leurs activités.

A l'origine, le transport maritime est effectué sous le régime de la liberté contractuelle entre les parties. Mais en raison de leur position dominante et de leur grande organisation en unités économiques puissantes, les armateurs ont pris l'habitude d'insérer dans leurs connaissements des clauses exonératoires de responsabilité dont le but était d'imposer leur volonté aux chargeurs inorganisés, ce qui ne tarda pas à favoriser la rupture d'équilibre entre les contractants²⁵. Dénommées clauses « *que dit être* » et utilisées sous le nom de « *negligence clause* » selon la formule anglaise, celles-ci avaient considérablement contribué à détruire la valeur probante du connaissement sur les caractéristiques de la marchandise transportée²⁶. A titre illustratif, Bonassies et Scapel citent la clause suivante invoquée dans un litige né en 1861 à propos de l'article 1^{er} du connaissement de la Compagnie des services maritimes des Messageries impériales²⁷ : « *La compagnie ne sera pas responsable des suites quelconques résultant d'accidents de mer ou de rivière ; ni pour perte, dommages ou retard occasionnés par le feu, les machines, les chaudières ou la vermine ; l'arrêt de princes ou puissances ; les actes de pirates ou voleurs sur mer ou terre ; jet, baraterie, collision ; ni pour négligence ou faute quelconque de la part du pilote, du capitaine des matelots ou autres agents employés par la compagnie dans la navigation de ses paquebots* ». Les dommages subis par les marchandises transportées à cette occasion ont permis à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence de prendre position. Sans se prononcer sur la licéité de cette clause, elle a considéré que le transporteur devait supporter la preuve que l'avarie subie par la marchandise avait pour cause l'une des fautes énoncées dans la « *negligence clause* » type ci-dessus. Attendu, en effet, dit la Cour, « *que sans qu'il soit besoin d'examiner si cette clause est licite, il est certain que la compagnie, demanderesse dans cette exception, devrait avant tout prouver que l'avarie est due à l'une des fautes dont elle a décliné la responsabilité, preuve qu'elle ne rapporte pas, bien qu'elle soit évidemment à sa charge* »²⁸.

Dopés par leur incontestable position dominante dans les rapports contractuels, les armateurs sont allés jusqu'à négliger « *leurs devoirs les plus élémentaires, ce qui eut pour conséquence d'augmenter notablement le risque des accidents* »²⁹. Pour les chargeurs de l'époque, il était évident que les armateurs n'avaient d'autre obligation que celle « *d'encaisser le prix du transport* »³⁰. Au plan juridique, ces clauses, très nocives, sont à l'origine d'un grave déséquilibre entre les intérêts des parties au contrat de transport et d'une insécurité grandissante dans les opérations de crédit documentaire. Ne pouvant négocier les termes du contrat de transport auquel ils se contentaient d'adhérer, les chargeurs n'avaient d'autre choix que de poursuivre leur combat sur le terrain judiciaire et parlementaire.

2- L'arbitraire « illimité » des transporteurs maritimes

Le pourvoi formé par la Compagnie des Messageries impériales constitue le point de départ de la longue bataille des chargeurs devant les tribunaux. Dans un arrêt de principe du 20 janvier 1869³¹, la

²⁵ Massimiliano Rimaboschi, *L'unification du droit maritime. Contribution à la construction d'un ordre juridique maritime*, PUA 2004, p. 389.

²⁶ Branellec, n° 15.

²⁷ Aix, 11 févr. 1867, D. 1869, I, p. 96 cité par P. Bonassies et Ch. Scapel, *Traité*, n° 883.

²⁸ Cet arrêt confirme le jugement rendu par le Tribunal de commerce de Marseille en date du 28 janv. 1866.

²⁹ G. Ripert, *Traité de droit maritime*, LITEC 1958, p. 418.

³⁰ F. Cyril James, "Carriage of goods by sea, The Hague rules", 74 U., *Pa. L. R.* 675.

³¹ D. 1869, I, P. 98

Cour de Cassation française, cassant l'arrêt aixois du 11 février 1867 estima que les transporteurs maritimes pouvaient s'exonérer de leur responsabilité par une clause du connaissance. Cette domination est une autre illustration de la suprématie des Etats traditionnels dans les relations économiques internationales³². Après cette décision, il devint clair que la « *négligence clause* », déclarée valable, devait continuer à produire tous ses effets exonératoires au détriment des chargeurs. Une telle situation de déséquilibre contractuel avait été résumée avec beaucoup d'humour, par un juge à la Cour de l'Amirauté anglaise, *M.C. Parker But* qui déclarait : « *vous me paierez le fret et me remettrez votre marchandise, quant à moi, je vous le rendrai si je veux* »³³.

La première tentative d'équilibrage du contrat de transport et de protection des chargeurs contre l'arbitraire *illimité* des transporteurs maritimes est venue des Etats-Unis qui possédaient un grand nombre de chargeurs contre une marine marchande peu importante. L'intérêt des chargeurs l'ayant emporté sur celui des armateurs étrangers, un projet de loi fut introduit le 10 juin 1892 par le sénateur Michael D. Harter, le « *Harter Act* » et adopté le 13 février 1893. Cette loi, dont le but était de « *supprimer l'anarchie et les abus engendrés par une liberté absolue des contrats* »³⁴ interdit expressément l'insertion dans les connaissements de toutes les clauses d'exonération pour pertes ou avaries aux marchandises résultant de fautes ou négligences dans le chargement, l'arrimage, la garde ou la livraison des marchandises. En raison de ses ambitions et de son rôle avéré dans la recherche de l'équilibre contractuel, le *Harter Act* a eu un grand retentissement en dehors des frontières des USA et fut dès le début du 20^e siècle adopté dans de nombreux pays anglo-saxons sous l'influence des chargeurs³⁵. Il est apparu à cette époque comme la législation idéale pour la protection efficace des intérêts des chargeurs de tous les pays du monde, puisqu'il faisait « *disparaître les abus les plus criants des clauses d'exonération, sans méconnaître les intérêts légitimes des transporteurs* »³⁶.

Les chargeurs venaient certes de marquer un point important et décisif dans le combat qui les opposait aux armateurs mais la portée de cette symbolique victoire fût très limitée dans le temps et dans l'espace car, en raison de son caractère unilatéral, le *Harter Act* ne pouvait pas avoir d'efficacité au plan international. Dès lors, il devenait impératif de poursuivre le combat dans un cadre institutionnel et d'essayer de concrétiser ces avancées dans une législation internationale du transport de marchandises par mer. Flairant le « *danger* », les armateurs ont tenté une dernière fois d'échapper à une réglementation internationale impérative en suscitant la rédaction de règles contractuelles dénommées « *Règles de la Haye* » de septembre 1921³⁷. Celles-ci ont souvent été présentées, comme le fruit d'un compromis entre chargeurs et armateurs en vue de la rédaction des connaissements propres à satisfaire les intérêts des deux parties au contrat de transport³⁸. Pour une fois, les armateurs donnaient leur accord pour le principe d'une présomption de responsabilité et les chargeurs devaient accepter un certain nombre de causes d'exonération ainsi que le principe de la limitation de

³² N'obtenant pas la satisfaction de leurs réclamations devant les tribunaux, les chargeurs français portèrent le débat devant le Parlement par l'entremise d'une proposition de réforme déposée le 10 avril 1886 par deux députés du Havre MM. F. Faure et J. Siegfried qui visait à empêcher le transporteur de s'exonérer de ses fautes commerciales.

³³ Cité par Paul Scapel, *La nouvelle législation sur les transports de marchandises par mer*, éd. Sirey, 1936, p.

14. Malgré l'évolution des textes et la condamnation par eux de la « *negligence clause* », des clauses analogues à celle citée au texte se retrouvent dans les connaissements les plus récents.

³⁴ G. Branelllec, Thèse précitée, p. 21, n° 16.

³⁵ On retrouve ce texte surtout dans les pays dépourvus de marine marchande dans lesquels le commerce maritime est pratiqué par des chargeurs. Ainsi en est-il du *Paramount Act australien* du 15 déc. 1904, de la loi canadienne du 04 mai 1910, le *Canadian Water carriage of goods Act* et le Code marocain du 31 mai 1919.

³⁶ F. Sauvage, *Manuel pratique du transport de marchandises par mer*, p. 12.

³⁷ Sous la pression des chargeurs anglais et des Dominions de l'Empire britannique, « l'armement anglais se sentit sérieusement menacé et comprit que l'entente internationale dont il avait jusqu'ici écarté le principe, constituait la seule solution possible du problème » : Paul de Roussiers, « Les Règles de la Haye et leur mise en application. Le point de vue des armateurs français », *Revue internationale de droit maritime (Revue d'Autran, disparue en 1923)*, XXX III, 683.

³⁸ Mais il s'agit d'un compromis souvent qualifié de « *fragile* » et d'inéquitable : AUCHTER (Gérard), « *La convention sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg)* », *Droit européen des transports*, Vol. XIX ; 1979, n° 44, p.38. Cité par J. Nguene Nteppe, Thèse, n° 65.

responsabilité du transporteur³⁹. Mais dans le souci d'éviter une intervention législative, les auteurs des Règles de la Haye ont proposé un connaissance – type, non impératif, qui ne pouvait malheureusement « *tirer sa force que d'une référence contractuelle et qui pouvait être écarté au bénéfice d'une négligence clause classique* »⁴⁰.

Dans ces conditions, il devenait certain que le succès de ces Règles était subordonné à son application par un assez grand nombre de praticiens. Bien qu'ayant reçu l'approbation des assureurs et des banquiers, principaux acteurs du commerce maritime international, elles ont connu un échec fracassant, les parties en présence n'ayant pas respecté les engagements pris à la Haye. Cet échec a été le prélude à l'élaboration inéluctable d'une Convention internationale ayant un caractère impératif. Pourtant, malgré l'apparent équilibre dans les rapports de force, la témérité des armateurs allait se poursuivre dans le sens de la consolidation de leurs perfides acquis contractuels.

B- Les techniques de domination déployées par les armements des pays développés

Déclarée valable dès le 20 janvier 1869 par la Cour de cassation française, la « *négligence clause* », qui était la conséquence immédiate d'une application déloyale de la liberté contractuelle⁴¹, avait conduit à de très nombreux abus de la part des transporteurs qui n'étaient plus obligés d'apporter la preuve de la cause de l'avarie car, par définition, quelle qu'en fut la cause, ils s'en étaient exonérés par le jeu de la clause⁴². Cependant, conscients de l'échec des règles de la Haye dont la mission avait été d'atténuer les effets néfastes de la « *negligence clause* » et poussés par le désir inévitable de résoudre les problèmes liés à la diversité des droits applicables au commerce maritime international, les Etats ont *conservé* le principe de l'élaboration d'une convention internationale impérative, susceptible de réaliser l'équilibre entre les intérêts opposés des parties au contrat de transport. C'est ainsi que fut signée, le 25 août 1924, la Convention internationale de Bruxelles sur les transports maritimes par connaissance dont le but était principalement de vider les querelles entre chargeurs et transporteurs.

Fortement critiquée par les chargeurs en raison de l'inégale répartition des risques du transport entre les parties, Cette Convention a finalement constitué un profond élément de discorde qui devait conduire à l'adoption d'un nouveau texte sous l'impulsion du groupe des 77 composés essentiellement des pays en développement⁴³. Il était en effet clair que la Convention de Bruxelles avait été élaborée en l'absence de ces derniers, par les grandes puissances maritimes au sein du Comité Maritime International. A l'analyse, deux techniques ont principalement été utilisées par les armateurs pour asseoir leur suprématie dans le commerce maritime international : la répartition inéquitable du risque maritime (1) et l'échec programmé des Règles de Hambourg (2).

³⁹ Nathalie SOISSON, « La liberté contractuelle dans les clauses du connaissance », Thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon – Assas, 1992, p. 9. et s.

⁴⁰ Bonassies et Scapel, *Traité*, 2^e éd., n° 886, p. 601.

⁴¹ Wei Hov, « La liberté contractuelle en droit des transports maritimes de marchandises », Thèse de Doctorat, Université Paul Cézanne-Aix-Master III 2010 n° 2, p. 12 selon cet auteur, il est difficile d'imaginer qu'il existe une liberté contractuelle réelle entre le fort et le faible.

⁴² La Cour de cassation confirma d'ailleurs cette position de principe trois mois plus tard par quatre arrêts semblables rendus le 10 mars 1869, Cassant, là aussi, quatre arrêts de la Cour d'Aix du 11 février 1867, *D.* 1869, I, P. 98.

⁴³ Fondé le 15 juin 1964 par la déclaration commune des 77 pays, ce groupe est une coalition de pays en développement qui a été conçu pour promouvoir les intérêts collectifs de ses membres et pour leur assurer une capacité de négociation accrue aux Nations Unies. Cette organisation comporte actuellement près de 133 membres. Branellec, thèse, p. 75, n° 103 ; Ch. Koffi NUBUKPO, « Les pays en voie de développement, usagers du transport maritime », Thèse de doctorat en droit, université de Paris II 1984 ; J. Nguene Ntheppè, « Les conflits de conventions internationales de droit privé, le cas de la Convention de Bruxelles de 1924 et des Règles de Hambourg de 1978 sur le droit des transports maritimes internationaux de marchandises », Thèse, Nantes, 2007.

1- La répartition inéquitable du risque maritime

Les violents échanges qui ont précédé l'adoption et la signature de la Convention de Bruxelles prouvent à suffire que les armateurs étaient préoccupés par un seul souci, celui d'imposer leur volonté et de faire du nouveau texte, un instrument au service de leurs intérêts économiques. En dépit de quelques objections techniques et néanmoins pertinentes portant notamment sur la longue liste des cas exceptés, la Commission de travail ne concéda aucune véritable modification ni aucun allègement du texte qui fut adopté en l'état⁴⁴. En dépit de la volonté affirmée de ses auteurs de réaliser l'équilibre par un partage équitable des risques maritimes entre les armateurs et les chargeurs, cette Convention a fait l'objet, près d'une trentaine d'années après son entrée en vigueur, de virulentes attaques menées spécialement par les chargeurs qui estimaient, à juste raison, que cette volonté n'avait pas été suffisamment traduite en actes concrets⁴⁵. Deux points de déséquilibre pouvaient être relevés à l'encontre du « nouveau » texte : d'une part, les dispositions relatives à la responsabilité du transporteur leur ont toujours paru vagues et ambiguës puisqu'elles offrent à l'armateur plusieurs possibilités d'exonération susceptibles de neutraliser les moindres actions de son cocontractant ; d'autre part, les progrès techniques ont largement favorisé la diminution des risques, ce qui devrait conduire à une nouvelle répartition gouvernée par la suppression de la possibilité pour les transporteurs de dégager leur responsabilité pour des risques apparemment faciles à éviter⁴⁶.

L'ensemble des revendications des chargeurs aboutit à des *changements mineurs* intervenus dans le cadre de deux Protocoles modificatifs successivement du 23 février 1968 sur le relèvement du plafond de réparation et du 21 décembre 1979 sur l'introduction du *DTS* qui n'ont malheureusement donné aucune satisfaction aux chargeurs et aux nombreux pays en développement. Même dans sa version doublement modifiée, la Convention de Bruxelles restait largement favorable aux armateurs. Dans ces conditions de conflit persistant, l'idée d'une nouvelle convention internationale plus équilibrée entre les intérêts des parties en présence était inévitable.

L'insatisfaction était due au fait que la répartition globale des responsabilités et des risques, y était encore inéquitable. De plus, plusieurs dispositions ambiguës et obscures de la Convention sont toujours susceptibles d'entraîner une hausse des coûts de transport et augmentent par ailleurs les risques supportés par les chargeurs⁴⁷. Il s'ensuit que, bien que les Règles de la Haye-Visby aient le mérite d'avoir réalisé la première tentative d'unification du droit maritime à l'échelle universelle, cette Convention, accuse le poids de son âge et malgré ses deux protocoles modificatifs, elle mérite aujourd'hui de prendre sa retraite après avoir rendu d'incontestables services à la communauté maritime. Certaines de ses dispositions sont obsolètes et ne répondent plus aux besoins de la pratique. Que l'on se souvienne de la faute nautique et de la longue liste de cas exceptés qui permettaient au transporteur de s'exonérer au détriment de la cargaison ou des débats relatifs à la limitation de responsabilité pour mesurer l'ampleur des dégâts causés par l'application de cette convention séculaire.

2- L'échec programmé des Règles de Hambourg

⁴⁴ Monsieur Branellec relève à cet effet que, malgré la demande de Georges Ripert, représentant de la France, la commission (comme la conférence diplomatique) se refusa à toute modification de forme dans le projet de convention et à tout allègement du texte. La seule concession obtenue fut la signature d'un protocole de clôture de la convention aux termes duquel les Etats signataires peuvent donner effet à la convention « soit en lui donnant force de loi, soit en introduisant dans leur législation nationale les Règles adoptées dans la convention, sous une forme appropriée à cette législation ». Thèse, p. 25.

⁴⁵ La première attaque contre cette convention fut curieusement lancée par les armateurs britanniques après une décision célèbre des tribunaux anglais, affaires S/S Muncaster Castle, dans laquelle un armateur avait été condamné à réparer des dommages dus à un vice de son navire que la Chambre des Lords n'avait pas estimé entrer dans la catégorie des vices cachés au sens de la Convention. *Riverstone Meat C° versus Lancashinre Shipping C°*, 1961, A. C. 807, obs. Bonassies, *DMF* 1963, 246, cité par Branellec, Thèse n° 22.

⁴⁶ René Rodière, *Traité général de droit maritime*, Dalloz Paris. T. II, 1968, n°710 et s.

⁴⁷ Note du secrétariat de la CNUDCI relative à la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 Hambourg.

Sous la pression d'un mouvement de défense des chargeurs des pays en développement, deux organismes ont été créés au début des années 60 au sein des Nations Unies : la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED le 30 octobre 1964)⁴⁸ et la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI le 17 décembre 1966)⁴⁹. D'après le professeur Emmanuel du Pontavice, l'un des témoins privilégiés de cette partie de l'histoire du droit maritime, la création de ces organismes était justifiée par la volonté de faire cesser « *le conflit dantesque entre le droit maritime dominant, celui qui découle de la « Common Law » et les aspirations (légitimes) des pays en développement* »⁵⁰. Ces derniers avaient sollicité de tout leur vœu une véritable révision des règles et pratiques des connaissances telles qu'elles résultaient de la Convention de Bruxelles. Dans une résolution adoptée à l'unanimité, le groupe de travail de la CNUCED, saisie de la question, a souligné la nécessité de réviser la convention sur ces points afin d'aboutir expressément à une « *aggravation de la responsabilité du transporteur maritime* ». Le fameux rapport de la CNUCED sur « *les connaissances* » relève par exemple que la Convention de Bruxelles de 1924 « *définit un minimum d'obligations et un maximum d'exonération et une limite de responsabilité en ce qui concerne le transporteur* ». Il fait également observer que les coûts liés au transport de la marchandise et à l'assurance contre les risques de perte sont supportés essentiellement par les chargeurs, ce qui est à la base d'un important transfert de devises des pays de chargeurs vers les pays d'armateurs. Pour la CNUCED, appuyée à l'occasion par les pays en développement, il était urgent de procéder à une modification de la répartition des risques du transport maritime.

De formation purement juridique, les membres de la CNUDCI furent chargés par le groupe de la CNUCED⁵¹, d'élaborer une nouvelle convention plus équilibrée entre les intérêts des parties destinée à remplacer la Convention de Bruxelles et ses protocoles modificatifs. Comme il fallait s'y attendre, ce projet a été largement combattu par les pays développés à économie de marché qui refusaient de reconnaître compétence à la CNUCED et à la CNUDCI de s'attribuer de telles prérogatives alors que des organismes installés de longue date tels que le CMI avaient déjà prouvé leur efficacité dans le domaine de la création et de l'adaptation de la législation maritime internationale⁵². Or, l'un des griefs soulevés par les pays en développement portait sur le fait que le CMI, fondé en Belgique en 1896 et dont le premier congrès a eu lieu en 1897, a été pendant longtemps l'unique organe à œuvrer pour l'unification du droit maritime et qu'il est une émanation des seules vieilles puissances maritimes dont il a subi l'influence⁵³. Par contre, à la faveur des mutations intervenues au sein des Nations Unies avec la création de la CNUCED et de la CNUDCI, de nombreux Etats nouvellement indépendants ont fait leur entrée dans la société internationale, modifiant ainsi l'ancien équilibre politique et économique. Par le jeu du nombre, le groupe des 77 acquérait ainsi une majorité automatique lors des votes à l'Assemblée Générale de l'ONU.

⁴⁸ La CNUCED avait été présentée comme un « compromis entre la volonté des pays en développement qui demandait la création d'une nouvelle institution spécialisée et celle des pays développés qui s'y montraient hostiles » : Stéphanie Howel, Le point sur le travail de la CNUCED en matière maritime, Mémoire de DESS de droit maritime et droit des transports, Université d'Aix-Marseille III, 1991, p. 2.

⁴⁹ La CNUDCI a été créée par la résolution n° 2205 de l'Assemblée Générale de l'ONU, sur proposition de la CNUCED.

⁵⁰ E. du Pontavice, « L'œuvre du Doyen Rodière en droit maritime », DMF 1982, p. 719.

⁵¹ La CNUCED est plus un organe politique que de travail : Pour un point complet sur la question, voir Branellec, Thèse, n° 25 ; Nguene Nteppe, Thèse, p. 35 et s., n° 52 et s. ; Christophe Nubukpo, « Les pays en voie de développement, usagers du transport maritime », Thèse de doctorat en droit, Paris II, 1984 ; M. Ndendé, « Le nouvel ordre maritime international : Histoire d'un mythe. ... », *Etudes offertes à Philippe – Jean Hesse*, P.U.R., Rennes, 2003, p. 193 et s.).

⁵² Michel Alter, *La convention sur les transports de marchandises par mer*, op., cit., p. 795.

⁵³ La convention de Bruxelles de 1924, très favorable aux intérêts des armateurs, a par exemple été adoptée au sein du CMI et signée par dix Etats qui représentaient à l'époque deux tiers du tonnage mondial : L'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, les Etats-Unis, la Grande-Bretagne, l'Italie, le Japon, la Pologne, la ville de Dantzig et la Roumanie, ce qui prouve une fois de plus que les pays en développement n'y étaient pas représentés.

En dépit des nombreuses contestations qui n'avaient d'autre but que celui d'asseoir davantage la domination politique et économique des pays d'armateurs, la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandise par mer a été adoptée le 31 mars 1978 par une Conférence diplomatique convoquée à Hambourg par l'Assemblée générale des Nations Unies. Le texte de la Convention était fondé sur un projet établi par la CNUDCI et qui avait pour ambition « *de réviser les aspects économiques et commerciaux de la législation et de la pratique internationale dans le domaine des connaissances, sous l'angle de leur conformité aux besoins du développement économique, notamment les pays en voie de développement, et de formuler les recommandations appropriées* »⁵⁴. La Convention de Hambourg avait pour but avoué de réaliser « *l'équilibre des intérêts de toutes les parties au contrat de transport de marchandises par mer* »⁵⁵. Pourtant, dès son adoption et avant même son entrée en vigueur, elle a fait l'objet de très nombreuses attaques finalement injustifiées de la part d'une partie importante de la doctrine occidentale qui l'a abusivement qualifiée de « Convention tiers – mondiste », destinée à protéger les intérêts des pays en développement et donc de chargeurs. Bien qu'étant entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1992, soit plus de quatorze ans après son adoption, la Convention de Hambourg n'a jamais reçu l'approbation des pays d'armateurs puisque parmi les vingt premiers Etats qui l'ont ratifiée pour permettre son entrée en application, l'on ne note aucun Etat développé de tradition maritime⁵⁶. Une telle configuration géopolitique de la Convention a renforcé le sentiment de haine et de rejet aussi bien de la part des Etats d'armateurs que de celle des organismes spécialisés tels que l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE) et la Chambre de Commerce Internationale (CCI) qui « *ont mené pendant près de quarante ans une politique de Boycottage des Règles de Hambourg* »⁵⁷.

Parmi les griefs dirigés à tort contre Hambourg, l'on cite indirectement le jeu de la majorité au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies qui a permis au groupe des 77 de bouleverser l'ordre maritime mondial pour faire adopter un texte comportant de nombreuses règles favorables aux chargeurs. Plus concrètement, il est reproché à Hambourg d'avoir étendu le champ de la responsabilité du transporteur, supprimé les nombreux cas exceptés, allongé le délai ou facilité la mise en œuvre de la clause attributive de juridiction. Mais contrairement à l'apparence, les pays développés, plus soucieux de leurs intérêts et de ceux de leurs armateurs n'ont jamais voulu appliquer un texte qui confère la compétence, en cas de litige, à un juge de l'Etat du point de destination (article 21) qui serait généralement celui d'un pays en développement susceptible d'adopter une interprétation extensive trop favorable aux chargeurs. Par ailleurs, selon l'article 22 de la « *nouvelle* » Convention, le destinataire de la marchandise, bénéficiaire d'une clause d'arbitrage dans le connaissement, est en droit d'exiger que l'arbitrage ait lieu dans le pays où se trouve le port de destination, généralement aussi un pays en voie de développement. Cette prérogative était manifestement insoutenable pour la Grande Bretagne et ses alliés occidentaux quand on sait que Londres est le plus grand centre d'arbitrage maritime dans le monde, avec New – York et Singapour. Les anglais ne pouvaient pas se permettre de perdre les revenus engrangés chaque année grâce à l'arbitrage international, ni de sacrifier les grosses mutuelles d'assurance d'exploitants de navires (P&I clubs) qui pouvaient par le fait d'un arbitre zélé d'un pays en développement être amenées à payer des indemnités faramineuses aux destinataires de marchandises.

En réalité, l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg a accentué la fracture qui existait déjà entre les armateurs et les chargeurs, entre les pays développés de forte tradition maritime et les pays en

⁵⁴ Nathalie SOISSON, « La liberté contractuelle dans les clauses du connaissement », Thèse de doctorat en droit, Université de Panthéon, Assas, 1992, p. 20.

⁵⁵ V.E Bokalli., « Le nouveau droit des contrats de transports maritimes internationaux de marchandises : Les Règles de Hambourg » *RADIC*, p. 836 et s.

⁵⁶ La France a par exemple signé la Convention de Hambourg le 18 avril 1979 et a autorisé sa ratification par la loi du 15 avril 1981. Malgré cela, cet Etat ne l'a toujours pas

⁵⁷ Otmame Ben Fadhel, « Les Règles de Rotterdam 2009, une 7^{ème} version de droit uniforme sur la responsabilité du transporteur international de marchandises », *Le Phare, Journal des échanges internationaux, des transports et de la logistique*, n° 131, mars 2010, p. 14 et s.

développement qui aspiraient légitimement à un partage équitable du trafic maritime et à la proclamation d'un nouvel ordre économique international devant leur permettre de prendre part au commerce mondial. Dans ces conditions, il est évident que la Convention de Hambourg n'était pas promue à un bel avenir et qu'elle était même déjà condamnée à une mort certaine car, « *une Convention qui ne s'appliquerait qu'entre certains Etats du Sud et par quelques juridictions du Sud dont les décisions seraient suspectes au Nord et certainement insusceptibles dès lors d'y bénéficier de l'exequatur, ne peut connaître la longévité escomptée* »⁵⁸.

II- LE MYTHE DU PARTAGE EQUITABLE DU COMMERCE MARITIME INTERNATIONAL

En dépit de la proclamation du principe par les conventions internationales, le partage équitable du commerce maritime reste un mythe difficile à réaliser en l'état actuel des rapports de force entre les Etats. La nécessité d'y procéder trouve néanmoins son point d'ancrage dans la mise en place de la CNUCED et de la CNUDCI. Ces organismes, qui marquent aussi le point de départ d'un **nouvel ordre maritime international**⁵⁹, se sont illustrés, dès leur création, par leur volonté inébranlable « *de ne pas abandonner aux seules nations développées, et en particulier, aux grands pays maritimes, la maîtrise du droit maritime international* »⁶⁰. Il s'agissait pour ces organismes d'œuvrer de manière à assurer la participation équitable des pays en développement aux transports internationaux et de favoriser la création dans ces Etats, de flottes maritimes nationales relativement compétitives. Ils ont aussi pris l'initiative de rédiger plusieurs conventions internationales concernant le droit maritime dont l'une des plus importantes en la matière reste la Convention portant Code de conduite des Conférences maritimes de 1974 qui consacre à l'échelle internationale le principe du partage équitable du trafic maritime permettant aux pays en développement de prendre part aux « *commerces invisibles* »⁶¹.

Ce Code, qui est entré en vigueur le 6 octobre 1983, consacre également le droit pour les compagnies nationales des pays en développement d'être membres à part entière des Conférences maritimes au même titre que les compagnies des pays occidentaux qui sont leurs partenaires commerciaux. L'article 2, qui en est le support légal institue la fameuse règle **40/40/20** en vertu de laquelle 40% du fret sont alloués aux compagnies nationales, 40% aux partenaires commerciaux et 20% à la flotte des pays tiers. La mise en application de cette règle et des recommandations de la CNUCED relatives au marché d'assurance maritime a permis aux pays africains en particulier de créer des compagnies maritimes nationales chargées d'assurer le transport de la part de fret qui leur revenait et de promouvoir, à travers une politique d'assurance obligatoire, l'émergence d'un marché national

⁵⁸ Ibrahim Khalil Diallo, « Les Règles de Hambourg : un Leurre pour les chargeurs ? Le point de vue d'un juriste africain », in *Le contentieux maritime devant le juge*, Publication de l'Institut Afrique-Mer, 1994, p. 471 et s.

⁵⁹ Voir, Nguene Nteppe, « La nouvelle Convention des Nations Unies dite « Règles de Rotterdam » et le défi de la construction d'un nouvel ordre maritime international », RAMATRANS, N° 3, janv. 2011, p. 33 et s. ; M. Ndende, « Le nouvel ordre maritime international : Histoire d'un mythe », *Mélanges offerts à Philippe-Jean Hesse*, Presses universitaires de Rennes, 2003 ; « L'activité normative des nations-Unies dans le domaine des transports maritimes internationaux », RAMATRANS, juillet 2009, n° 1, p. 8 et s. ; Pierre Léonard, « Les transports maritimes dans les relations Nord-Sud », *Annales IMTM* 1989, n° spécial « dossier : les plates-formes portuaires et le droit maritime à l'heure des EDI », 1989, p. 126.

⁶⁰ Il s'agissait de tourner définitivement la page d'un monde maritime dominé essentiellement par le comité Maritime International défenseur traditionnel et acharné des intérêts des pays d'armateurs, voir J. Nguene Nteppe, Thèse préc., p. n° 89 et s.

⁶¹ L'expression est d'Othmane Ben Fadhel, dans son article intitulé : « Les Règles de Rotterdam. Une 7^{ème} version de droit uniforme sur la responsabilité du transporteur international de marchandises », préc. Il faut par ailleurs noter qu'avant 1974, les conférences maritimes, qui sont apparues en 1868 entre l'Angleterre et les Etats - Unies, constituent des ententes d'armateurs visant principalement à l'application de taux communs sur des relations données. Elles sont alors totalement dominées et maîtrisées par les puissances maritimes des pays occidentaux au détriment des pays en développement qui étaient, de ce fait, exclus du marché maritime international

capable de maintenir les primes dans les pays en développement et de conserver sur place, des capitaux qui devaient être réinjectés dans les économies nationales.

A dire vrai, les pays développés n'ont jamais apprécié un système équitable permettant aux pays en développement de prendre part aux abondants revenus générés par le trafic maritime international, ce qui pourrait se traduire dans les faits par un affaiblissement économique des puissantes entreprises financières qu'ils abritent. C'est dans ce contexte de conflits d'intérêts que surgit l'idée d'une libéralisation paradoxale des transports maritimes en Afrique (A) et de perte subséquente des parts de marché liées aux activités maritimes (B).

A- Le paradoxe de la libéralisation des transports maritimes en Afrique

Aussi invraisemblable que cela puisse paraître, le secteur des transports semble avoir été victime d'un savant stratagème subtilement élaboré et mis en œuvre à travers la politique de libéralisation des transports dont l'objectif apparent était de créer les conditions d'une concurrence saine et d'un rétablissement des taux de fret à un niveau acceptable pour les parties. Cette position est aujourd'hui confortée par un double constat incontestable : la mise en veilleuse de la clé 40/40/20 (1) et l'effondrement inévitable des premiers armements africains (2).

1- La mise en veilleuse de la clé 40/40/20

Le système mis en place par la CNUCED à travers le Code de conduite des conférences maritimes avait rencontré de nombreuses résistances au sein de la communauté européenne qui, prônant le principe de la non discrimination entre les entreprises des Etats membres, avait publié dès le 15 mai 1979, un Règlement demandant à ceux-ci de faire une double réserve au moment de la ratification du Code à savoir : *primo*, la règle 40/40/20 ne pouvait pas jouer dans les trafics intracommunautaires ; *secundo*, les Etats membres devaient se réserver le droit de mettre en commun les parts de trafics (40%) attribuées aux pavillons de la communauté. Bien qu'ayant été abrogé par le Règlement du 18 décembre 2007 qui n'impose pas aux Etats membres de retirer leur adhésion, le Règlement de 1979 avait déjà posé les jalons d'une suppression presque inévitable de la règle 40/40/20. La période charnière dans cette marche scabreuse vers la « mise en veilleuse » de la règle intervient en 1994 lorsque, « profitant de la dévaluation du franc CFA, l'union Européenne a demandé à la Banque Mondiale d'introduire dans les conditionnalités du financement de la dévaluation du franc CFA la libéralisation des transports maritimes »⁶², l'objectif étant de parvenir à une ouverture complète du fret maritime des Etats de l'Afrique de l'Ouest et du Centre aux armements européens. Bien que n'ayant pas obtenu l'approbation de l'OMAO et de l'UCCA, traditionnellement attachées à la défense des intérêts africains, cette libéralisation a été imposée aux pays africains et leurs conséquences ne se sont pas fait attendre.

En effet, l'application de la règle 40/40/20 avait incité de nombreux pays africains à créer des compagnies maritimes nationales chargées de gérer la part de fret générée par la répartition, certains Etats tels que le Cameroun allant même jusqu'à mettre en place des sociétés d'Etat ayant le monopole des opérations de manutention et d'acconage⁶³. Or, la libéralisation signifiait la fin de la répartition des

⁶² Sérigne Thiam Diop, « Les chargeurs africains face à la libéralisation des transports maritimes internationaux », *RAMATRANS*, janv 2011. n° 3, p.7 et s.

⁶³ La Société Camerounaise Manutention du Cameroun en abrégé SOCAMAC, avait été créée en 1976 pour assurer, à titre principal, des opérations de manutention à la jeune compagnie nationale de transport maritime « Cameroun Shipping Lines S. A » (Société d'économie mixte) créée le 5 déc. 1974 ; Ont également été créées à la suite de CAMSHIP, la Société Nationale de transport de conteneurs et du transit du Cameroun (Société Anonyme d'économie mixte du 19 nov. 1986) et la Compagnie maritime Camerounaise CMC S.A (Société anonyme sous tutelle du Ministère des travaux publics et des transports du 13 mai 1991).

cargaisons et par conséquent la vulnérabilité des premiers armements africains peu préparés à une concurrence farouche et sauvage des armements des pays développés. Ces derniers ont d'abord eu recours à une baisse stratégique des taux de fret (*véritable dumping puisque ces taux devaient par la suite remonter de façon vertigineuse*) pour fragiliser leurs concurrents africains. Dans ces conditions, les armements africains étaient irréversiblement condamnés à un arrêt d'activités au profit des puissants armateurs tels que les armements danois MAERSK, suisse MSC et français CMA-CGM, respectivement premier, deuxième et troisième principaux exploitants de porte – conteneurs dans le monde jusqu'en 2013.

2- L'effondrement inévitable des premiers armements africains

Suite à la libéralisation et à la modicité de leurs moyens techniques d'exploitation, les armements nationaux africains ont connu un effondrement sans pareil à partir de 1995, ce qui explique la vague des privatisations précoces et la disparition pure et simple des professions auxiliaires qui tiraient l'essentiel de leurs revenus des activités maritimes générées par les compagnies nationales. Les armateurs des nations développées ont ensuite eu recours à la faillite organisée des compagnies maritimes africaines, à travers la multiplication des saisies sous le fallacieux prétexte qu'elles ne seraient que de simples émanations de l'Etat dépourvues d'autonomie et de personnalité juridique et n'ayant pas de patrimoine distinct de celui de l'Etat très souvent surendetté ou défaillant⁶⁴.

Pour ces armateurs, il ne fallait pas distinguer entre l'Etat et les compagnies nationales maritimes, les créances sur l'un pouvant être poursuivies sur les autres en vue de leur recouvrement, ce qui apparaissait comme une incongruité juridique puisqu'il est acquis en droit que l'Etat et les autres personnes morales de droit public telles que les jeunes compagnies maritimes africaines bénéficient de l'immunité d'exécution. Cette règle universelle du droit processuel a d'ailleurs été réaffirmée par la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. Elle a été reprise par l'article 30 de *l'acte uniforme de l'OHADA* portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement de créance et des voies d'exécution⁶⁵. Elle se justifie en droit par le souci de ne pas porter atteinte à la souveraineté des Etats et de leur éviter de se retrouver dans l'impossibilité d'accomplir leurs missions classiques de service public du fait de la saisie de leurs biens. Certaines de ces missions étant souvent accomplies par des entreprises publiques ou par des sociétés à capitaux publics créés par l'Etat, il devenait impératif de leur reconnaître au même titre qu'à l'Etat lui-même, l'immunité d'exécution et partant, les prérogatives de service public. En réalité, il ne peut en être autrement que si l'Etat ou la personne morale publique a renoncé à ladite immunité, expressément ou implicitement.

La notion d'émanation d'Etat a été inventée par la jurisprudence française et présentée par la doctrine comme le moyen par lequel les entreprises privées occidentales victimes de nationalisation parvenaient à surmonter l'obstacle de l'immunité d'exécution de l'Etat en cherchant d'autres cibles plus vulnérables sur lesquelles elles pouvaient concentrer leurs attaques et que l'on a appelé les « *émanations* » de l'Etat nationalisant⁶⁶. Le mécanisme en lui-même était complexe et difficile à expliquer car, une société d'Etat qui dispose d'un patrimoine propre et distinct de celui de l'Etat qui l'a créé n'en est pas une émanation surtout lorsque le patrimoine de la personne morale de droit public dispose d'une autonomie suffisante de gestion pour ne pas être qualifiée d'émanation de l'Etat. Autrement dit, pour qu'une société d'Etat soit qualifiée d'émanation de l'Etat, trois critères doivent en principe être réunis : la mission de service public dévolue à cette structure ; la tutelle de l'Etat ; le

⁶⁴ Eric Dibas – Franck, « Les perspectives de développement du secteur maritime et portuaire du Congo », *RAMATRANS*, juillet 2009, n° 1 p. 58 et s.

⁶⁵ Sur l'ensemble de la question, voir, G. Kenfack Douajni, « Propos sur l'immunité d'exécution et les émanations des Etats », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 30 juill.-août-sept. 2005, p. 3.

⁶⁶ P. Lagarde, « Une notion ambivalente : l'émanation de l'Etat nationalisant », in *Etudes Colliard*, 1984, p. 539 et s.; D. Nedjar, « Tendances actuelles du droit international des immunités des Etats », *J.D.I.*, 1977, p. 92 et s.

défaut de patrimoine propre à la société, ce qui n'a pas souvent été le cas pour les jeunes compagnies maritimes africaines des années 1975⁶⁷.

Grâce à la notion d'émanation, les Etats africains pouvaient être saisis sur les biens des sociétés nationales de transport maritime qu'ils ont créées et qui ne disposeraient pas d'autonomie réelle ou suffisante vis-à-vis desdits Etats. Pour y parvenir, l'on faisait simplement valoir que « *l'attribution d'une partie de ses biens par l'Etat à une personne morale qu'il crée, qu'il possède et contrôle à 100% est une fiction légitime et utile, qui doit être respectée dans les rapports juridiques ordinaires ; mais lorsque le débiteur est l'Etat lui-même, il ne peut plus opposer sa législation, qui lui est interne, comme un obstacle infranchissable aux poursuites de ses créanciers* »⁶⁸. Par ce mécanisme relativement simple, les sociétés occidentales ayant traité avec les Etats africains pouvaient obtenir le recouvrement de leurs créances, ce qui permettait dans une certaine mesure de stabiliser les échanges internationaux et d'assurer la sécurité juridique aux parties contractantes. Cependant, utilisée de façon abusive, par exemple en saisissant des biens appartenant à des entités qui, tout en étant des sociétés d'Etat ne pouvaient pas être considérées comme de véritables émanations de l'Etat, cette notion a malheureusement permis de faire main basse sur le patrimoine des entreprises maritimes africaines qui aspiraient au développement et spécialement au partage du commerce maritime international.

B- La perte subséquente des parts de marché de fret et d'assurance par les compagnies africaines

Le transport maritime international de marchandises a toujours représenté un enjeu stratégique en termes de *fret et d'assurance*. Il détermine l'indépendance et le rayonnement des Etats dans les échanges internationaux. Le rôle joué par les compagnies de transport maritime s'exerce donc au quotidien⁶⁹, d'où la nécessité pour les exportateurs et les importateurs d'un pays de disposer d'entreprises maritimes nationales et d'une flotte nationale pouvant leur permettre de garder la maîtrise du transport (1) et des assurances (2).

1- La perte des parts de marché de fret maritime

Les transports maritimes englobent une gamme variée d'activités et sont largement dominés par les pays occidentaux. Mais depuis quelques années, l'on assiste à une montée en puissance de l'Asie et des pays émergents qui ne cessent d'accroître leur part de marché⁷⁰. Le groupe d'armateurs français relève par exemple, pour s'en féliciter, que grâce à des groupes privés dynamiques tels que Bourbon (*offshore*) ou Louis Dreyfus armateurs (vracs secs), la France exploite plus de 5.000 navires de tous types et toutes tailles, qui desservent toutes les zones géographiques du monde. D'une manière globale, l'on observe que les Etats africains représentent à peine 1% de part de marché dans les transports maritimes puisqu'ils sont pratiquement absents de tous les secteurs névralgiques. En visitant

⁶⁷ Cour d'appel de Paris, 3 juill. 2003, Affaire Société Nationale des Pétroles du Congo (SNPC) c/ S.A. Walker International Holdings Ltd., *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 30 juill.-août-sept. 2005, p. 3 ; 22 janv. 2004, Affaire Société Nationale des Hydrocarbures du Cameroun (SNH) c/ Société Winslow Bank, *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 30 juill.-août-sept. 2005, p. 3

⁶⁸ P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », *J.D.I.* 1986, cité par M. Kamto, in « La notion de contrat d'Etat : une contribution au débat », *Rev. Arb.* 2003, n° 3, p. 719 et s. et repris par Kenfack Douajni, « Propos sur l'immunité d'exécution et les émanations des Etats », *Revue camerounaise de l'arbitrage*, n° 30 juill.-août-sept. 2005, p. 8.

⁶⁹ Ebénézer Kenguep, « L'assurance, vecteur essentiel du développement économique du Cameroun », *Bulletin des assurances africaines*, n° 06, mai 2015, p. 54 et 55.

⁷⁰ Selon une étude réalisée par l'association d'armateurs français, sur 35 pays contrôlant 96% de la flotte mondiale, 16 sont asiatiques, 15 sont européens et 4 sont américains. L'on ne dénombre aucun Etat africain, ce qui dévoile le degré de sinistralité de l'armement quasi-inexistant de ce continent : www.armateursdefrance.org.

quelques uns de ces secteurs, l'on peut faire les observations ci-après : la construction navale est la panacée des *pays en développement*⁷¹ mais sur les vingt premiers pays de construction navale, l'on ne dénombre aucun Etat africain ; en revanche, l'armement des navires est dominé par les pays développés, les trois pays qui possèdent le plus de navires à savoir, la Grèce, le Japon et l'Allemagne contrôlant à eux – seuls **41%** de la flotte mondiale. Dans tous les autres domaines ci-après, les pays africains brillent par leur absence sur le marché : exploitation de navires⁷², recyclage des navires⁷³, financement de la construction navale⁷⁴ ; marché de la classification des navires⁷⁵.

L'Afrique marque néanmoins la surprise en matière d'immatriculation des navires puisqu'elle occupe une position honorable dans la liste des quatre plus grands registres d'immatriculation ainsi présentée par ordre décroissant : Panama, Libéria, Marshall et Hong-Kong (chine). A l'analyse, il apparaît cependant qu'il s'agit essentiellement de registres de « *libre immatriculation* » qui offrent également des services d'immatriculation à des propriétaires et des exploitants qui n'ont pas la nationalité des pays d'accueil. Certes, la tenue d'un registre de libre immatriculation entraîne non seulement des coûts fixes assez élevés pour le maintien d'un réseau de bureaux, mais également la création de partenariats stratégiques avec les sociétés de classification, ce qui contribue amplement à faire obstacle à l'entrée d'acteurs africains dans le marché. Dans la pratique, l'admission dans ce secteur rigoureux exige une étroite coopération avec des entreprises partenaires dans les pays développés. Dans le cas du Libéria, les services d'immatriculation sont en fait administrés par des sociétés ayant leurs sièges aux Etats – Unis d'Amérique de sorte que, contrairement à l'apparence il s'agit de sociétés américaines et non africaines⁷⁶.

2- La perte des parts de marché d'assurance maritime

S'agissant de l'assurance maritime, il est évident que les périls du voyage menacent aussi bien le navire couvert par « *l'assurance sur corps* » que les marchandises couvertes par « *l'assurance sur facultés* »⁷⁷. Traditionnellement, les risques maritimes sont couverts par les compagnies d'assurances mais aussi par les clubs de protection et d'indemnité, les P&I clubs (*Protection and Indemnity clubs*) dont les plus importants sont basés à Londres. Ces clubs sont des mutuelles d'assurances d'armateurs de navires, jouant le rôle d'assureurs, en complément de l'assurance corps et de négociateurs face aux banques locales pour la fourniture d'un cautionnement permettant la levée de la saisie de navires et aux autorités locales pour prendre toutes mesures nécessaires. La majorité de ces clubs sont

⁷¹ Il s'agit en réalité des « *pays en développement* » d'Asie tels que la Corée du sud, Hong-Kong (chine), Taïwan (province chinoise) et Singapour encore dénommés les quatre « *dragons* » ou nouveaux pays développés d'Asie (NPDA). Sur la question, voir, Pierre Loubigniac, "Le contexte concurrentiel des transports maritimes », *IMTM, annales* 1985, p. 180 et s.

⁷² Les trois pays qui ont la plus forte capacité d'exploitation de porte - conteneurs sont : le Danemark, la Suisse et la France. Pris ensemble, ils représentent une part de marché de près de 30%. Sur une liste de vingt pays, l'Afrique n'est pas représentée.

⁷³ Tous les principaux pays de recyclage sont des pays en développement, l'Inde, le Bangladesh et la Chine arrivent respectivement à la première, deuxième et troisième place sur une liste de dix pays qui ne compte aucun Etat africain.

⁷⁴ Les banques européennes sont les principaux intervenants sur ce marché. Aucun pays africain sur une liste de 25.

⁷⁵ La classification maritime, qui a vu le jour au 18^e siècle, en Angleterre, avec la création de la *Register Society*, vise à promouvoir la sécurité et la protection de l'environnement grâce à l'application de normes techniques, à la conception, à la construction et à l'entretien des navires. Le marché de la classification est dominé par un groupe de prestataires de services membres de l'Association internationale des sociétés de classification (IACS). L'ensemble du marché de la classification est estimé à 5 milliards de dollars par an. Les vingt principales sociétés de classification sont occidentales ou asiatiques. La Chine, l'Inde et la République de Corée, pays émergents font partie de l'IACS.

⁷⁶ CNUCED, *Etude sur les transports maritimes*, 2011 Rapport du secrétariat de la CNUCED, p. 173 et s.

⁷⁷ L'assurance est maritime lorsque les valeurs assurées sont soumises à une fortune de mer, c'est –à-dire à un risque pouvant survenir lors de la navigation.

britanniques, les plus connus étant « *le United Kingdom, le Mutual Steamship, le West of England, le standard, le London ou le Britania* ». Il existe un club Japonais, le *Japan Club*, un club américain, l'*American Club*, deux clubs nordiques *le Gard et le Skuld*. Il n'existe par encore de club africain, ce qui ne surprend guère.

En examinant minutieusement la situation, l'on se rend bien compte que le marché mondial de l'assurance maritime est fortement concentré dans les pays développés qui captent l'essentiel des primes d'assurance au détriment des pays africains. A l'heure actuelle, treize membres de l'International Group of P&I club détiennent à eux seuls environ 90% du tonnage mondial des navires de haute mer en termes d'assurance. Le marché étant fortement concurrentiel, les compagnies d'assurance privées qui offrent des polices d'assurance à prime fixe ne parviennent pas, à quelques exceptions près, à obtenir une part du marché. Même l'obligation de souscription et de domiciliation de l'assurance sur facultés instituée dans les Etats africains à partir de l'année 1975 n'a pas permis d'obtenir le résultat escompté qui était de maintenir les primes d'assurances sur le marché local et permettre l'émergence des compagnies d'assurance africaines nouvellement créées. Cet objectif est régulièrement battu en brèche par les partenaires commerciaux des pays africains qui ont pris l'habitude de stipuler leurs ventes internationales en coût – assurance – fret (CAF) et leurs achats, généralement les matières premières, en free on board (FOB), ce qui leur permet, d'encaisser, sans partage, le fret et la prime d'assurance générés par les fréquents échanges commerciaux entre l'Afrique et les autres continents. Par ailleurs, il est curieux de constater que l'importance traditionnelle de la place de Londres et l'internationalisation de l'assurance maritime donnent fréquemment lieu à des conflits de lois et de juridictions que les parties au contrat de transport règlent de façon préventive par la stipulation de clauses dérogatoires de compétence qui se sont avérées être le moyen sournois de délocalisation du contentieux maritime.