

**QUE RESTE-T-IL DE L'INFLUENCE DU DROIT MARITIME SUR
LE DROIT AERIEN?
ETUDE DES CONFLITS DE JURIDICTIONS**

par

Charlotte Le Bozec

Un mémoire soumis à la Faculté des études supérieures et de la recherche en
accomplissement partiel des exigences de la maîtrise en droit (LL.M).

Institut de Droit Comparé
Université McGill
Montréal, Québec
Canada

Octobre 1999

© Charlotte Le Bozec 1999



**National Library
of Canada**

**Acquisitions and
Bibliographic Services**

**395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada**

**Bibliothèque nationale
du Canada**

**Acquisitions et
services bibliographiques**

**395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada**

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-64288-7

Canada

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier le Professeur Tetley pour avoir accepté de bien vouloir être mon directeur de mémoire, de toujours avoir su être disponible et surtout d'avoir accru, tout au long de l'année, mon goût pour le droit maritime. Je tiens également à remercier le Professeur Milde pour m'avoir permis de mener à bien ce projet grâce à son enthousiasme et sa passion du droit aérien. Je serai toujours reconnaissante à l'égard de mes parents pour m'avoir permis de saisir l'opportunité de venir étudier à McGill et de m'avoir apporter leur soutien malgré la distance. Enfin, je tiens à remercier tout mon fabuleux entourage grâce auquel et en compagnie duquel j'ai passé des moments aussi magiques qu'inoubliables.

RESUME

L'étude suivante porte sur l'influence qu'exerce le droit maritime sur le droit aérien. Afin de démontrer que celle-ci existe encore en matière de conflits de juridictions, une analyse comparative des responsabilités des transporteurs de marchandises sera menée au niveau des Conventions internationales. Elle mettra en avant l'alignement du droit maritime sur le droit aérien et révélera que les deux systèmes sont confrontés à une situation similaire délicate. La multiplication des textes a conduit à l'affaiblissement de leur objectif d'unification en admettant différents régimes de responsabilité applicables aux transporteurs. Les causes des conflits ayant été identifiées, nous examinerons comment les textes internationaux tentent de résoudre le problème. Le développement du *forum shopping* par les parties et le recours à la théorie du *forum non conveniens* par les juridictions révéleront l'insuffisance des solutions retenues. Nous verrons que pour surmonter la difficulté, le droit maritime résout le litige avant sa naissance en reconnaissant les clauses attributives de compétence et surtout en encourageant l'arbitrage. Alors que les premières sont interdites en droit aérien, le second, bien qu'admis par les textes, n'avait jamais été utilisé en pratique, jusqu'à récemment en matière de financement. Il est désormais possible de croire que la pratique du droit maritime sera bientôt transposée pour résoudre les conflits de juridictions en matière de transport aérien de marchandises ce qui permet de conclure que le droit maritime continue d'exercer une certaine influence sur l'évolution du droit aérien.

ABSTRACT

This study addresses the modern influence of maritime law on air law. In order to demonstrate that the influence still exists, at least in respect of conflicts of jurisdiction, a comparative analysis of the responsibility of the carriers of goods will be carried out in the light of international conventions.

The thesis will consider the new evolution of maritime law, which today, in many aspects, follows air law. It will become clear that both systems face the same difficulties. In particular, the multiplication of international conventions has weakened the aim of uniformity by admitting different regimes of the carriers' liability. Once the causes of conflicts of jurisdiction have been identified, the thesis will analyze how the conventions attempt to solve those conflicts. The use of *forum shopping* by the parties and the use of *forum non conveniens* by the courts, reveals that present international solutions are not satisfactory. The practice in maritime law is to consider a conflict prior to its existence and to permit jurisdiction as well as arbitration clauses. While the former clauses are forbidden in air law, arbitration clauses, although accepted in various international air conventions, have never been used until recently in air law, and only in respect of the financing of major projects.

It is therefore possible to believe today, that the maritime approach can and will be followed in respect of conflicts of carriage of goods by air, thus proving that maritime law does still influence the evolution of air law.

TABLE DES MATIERES

Remerciements.....	i
Résumé.....	ii
Abstract	iii
Table des matières	iv
Introduction.....	1
PREMIERE PARTIE: Cause des conflits de juridictions: la responsabilité.....	5
L. Influences réciproques	7
Section 1: Documents de transport.....	7
A. Identification.....	8
1. Connaissance maritime.....	8
2. Lettre de transport aérien	10
B. Influences lors de l'évolution	12
1. Droit aérien et rapprochement vers le connaissance	13
a. Négociabilité de la lettre de transport aérien	13
b. Substitution du connaissance à la lettre de transport aérien.....	15
2. Lettre de transport maritime.....	16

3. Commerce électronique.....	18
 Section 2: Evolution des responsabilités du transporteur maritime et aérien	23
A. Identification du transporteur	23
B. Fondement de la responsabilité.....	26
1. Responsabilité stricte ou présumée?.....	26
2. Périodes couvertes par les Conventions	28
C. Limitation de responsabilité.....	29
1. Causes d'exonération	29
2. Montants	33
3. Clauses limitatives de responsabilité et perte du bénéfice de la limitation	37
 II. Difficultés identiques	39
 Section 1: Différend en matière d'unification	40
A. Droit maritime	40
1. Convention de Bruxelles.....	41
2. Convention de Hambourg.....	44
B. Droit aérien.....	45
1. Convention de Varsovie	46
2. Amendements.....	46
 Section 2: Atteinte à l'unification	48
A. Affaiblissement de l'unification à la suite de leurs divergences	49
1. Droit aérien	49

2. Droit maritime	53
B. Lacunes des Conventions	55
1. Champ d'application des Conventions	55
a. Droit aérien et type de transport.....	55
b. Droit maritime et document de transport	57
2. Lacunes des Conventions	59
a. Interprétation.....	59
b. Silence.....	61
● Existence et validité du contrat de transport.....	61
● Transport postal.....	61
• Conflit de juridictions.....	62
 DEUXIEME PARTIE:Tentatives d'unification en matière de conflit de juridictions. 65	
 I. Résolution des conflits de juridictions	66
 <i>Section 1: Les critères retenus par les Conventions internationales</i>	<i>68</i>
A. Textes en matière de transport	68
1. Droit aérien.....	68
2. Droit maritime.....	69
3. Critères retenus.....	70
a. Lien de proximité.....	70
b. Cinquième juridiction.....	72
B. Convention de Bruxelles de 1968.....	74

1. Article 57	74
2. Dispositions spécifiques du texte communautaire.....	75
Section 2: Etude de la jurisprudence: le conflit non résolu	79
A. Interprétations	80
1. Interprétation des textes	80
2. Interprétation des critères.....	82
B. Affirmation de la pratique des parties et réponse des juridictions	85
1. <i>Forum shopping</i>	85
2. <i>Forum non conveniens</i>	87
II. Résolution du conflit avant sa naissance.....	90
Section 1: Clause de juridiction	91
A. Droit maritime	92
1. Affirmation en pratique et premières reconnaissances juridictionnelles	92
2. Reconnaissance au niveau international.....	94
B. Droit aérien.....	96
1. Convention de Varsovie	96
2. Influence du droit maritime.....	98
Section 2: Résolution des conflits hors cours.....	99
A. Droit maritime et arbitrage.....	100
1. Développement de la pratique de l'arbitrage	100

2. Mode de résolution des litiges de droit commun aujourd'hui.....	103
B. Droit aérien et accords de règlement	106
1. Convention de Varsovie	106
2. Avenir de l'arbitrage en droit aérien.....	109
TROISIEME PARTIE: Le transport combiné	113
I. Identification du transport combiné aujourd'hui	113
II. Résolution des conflits de juridictions en matière de transport combiné	115
QUATRIEME PARTIE: Conclusion.....	118
 BIBLIOGRAPHIE	 123
I. Jurisprudence.....	123
II. Doctrine.....	125
Monographies.....	125
Ouvrages collectifs	127
Articles.....	128
III. Documentation internationale.....	132
Instruments internationaux.....	132
Documents	133
IV. Media électronique	133

INTRODUCTION

Jusqu'au XX^{ème} siècle, la mer était le principal moyen de contact entre les peuples éloignés. Elle représentait le support essentiel des échanges commerciaux internationaux. Aujourd'hui, la voie maritime prédomine encore, pour le transport de marchandises, dans la majorité des pays. Soixante-quinze pour cent des importations françaises s'effectuent par bateaux. Martine Remond-Guilloud explique l'importance acquise par le transport maritime par la vitalité du droit qui le sous-tend¹. Il semble, cependant, désormais concurrencé par l'émergence de l'aviation commerciale.

Lors de la seconde guerre mondiale, la vitesse de l'avion a condamné le navire, pour sa lenteur. Le développement du transport aérien a progressivement privé le transport maritime d'une partie fructueuse de son trafic. Les passagers au long cours et les produits de luxe, pour lesquels le meilleur profit peut être escompté, sont désormais transportés par voie aérienne. Le transport maritime se cantonne désormais aux marchandises de faible valeur unitaire, dont le coût se trouverait grevé de façon trop importante par le prix élevé du transport aérien. Toutefois, ce dernier connaît également des limites. Un avion gros porteur contient au maximum 7 conteneurs, un navire cellulaire moderne, jusqu'à 3 000. Par conséquent, les transports de masse, le navire ne peut être égalé, tant à cause de sa capacité exceptionnelle que de sa consommation de carburant relativement faible. Il est

¹ Martine Remond- Guilloud, *Droit maritime*, 2^{éd.}, Paris, Pédone, 1993 à la p. 18.

seul à assurer le trafic des matières premières et énergétiques qui, elles-mêmes, commandent l'activité industrielle du globe².

La concurrence entre l'aviation et la navigation maritime s'est également fait ressentir au niveau du droit applicable. Au début du siècle, certains auteurs³ se sont demandés pourquoi les règles maritimes n'étaient pas transposées au droit aérien, puisque ces deux types de transports sont très proches. Ils doivent tous deux s'adapter aux exigences des techniques nouvelles. L'aéronef et le navire possèdent de nombreux points communs: tous deux créent une société de bord, dans laquelle un vocabulaire similaire est employé; chacun se voit doté d'une nationalité. Ils ont un caractère international très prononcé. Leurs opérateurs utilisent le même type de contrat pour matérialiser les relations complexes qui mettent en présence plusieurs acteurs. Enfin, leur rapprochement se retrouve également dans les Conventions internationales. Il était possible de croire qu'une parfaite osmose entre le droit aérien et le droit maritime aurait pu avoir lieu, notamment à cause de la part importante que joue le risque à leur égard. Si le droit maritime a, pendant une époque, fortement inspiré l'élaboration du droit aérien, il semble que cela soit révolu. L'évolution surprenante de la technologie aérienne, qui vise à garantir un maximum de sécurité aux passagers, a quasiment supprimé le risque de l'air. La célérité du transport, ses coûts financiers ainsi que son caractère public sont autant de divergences avec le droit maritime qui lui ont permis d'imposer sa spécificité et d'affirmer son autonomie. A regarder les textes internationaux qui régissent ces deux modes de transport, il semblerait

² *Ibid.* à la p. 31.

³ Michel de Juglart, *Traité élémentaire de droit aérien*, Paris, L.G.D.J., 1952 à la p. 33.

même que la tendance se soit inversée. Le droit aérien, du fait de sa nouveauté, est mieux adapté aux pratiques récentes. La première Convention en matière de responsabilité du transporteur maritime date de 1924. Il s'agit de la Convention de Bruxelles. Elle a été suivie, cinq ans plus tard, en 1929, par la Convention de Varsovie, qui est son homologue en droit aérien. Alors que celle-ci n'a cessé de faire l'objet d'amendements pour prendre en compte l'évolution de la technique, le texte maritime n'a subi que peu de réactualisations. Le nouveau texte maritime, la Convention de Hambourg de 1978, a cependant rapproché considérablement les deux droits, en s'inspirant du système varsovien. Que reste-t-il aujourd'hui de l'influence du droit maritime sur le droit aérien?

L'étude du régime des responsabilités des transporteurs révèle que si le droit maritime est maintenant calqué sur le droit aérien, paradoxalement il continue d'exercer une certaine influence sur ce dernier en matière de résolution des conflits de juridictions.

La position du droit aérien à l'égard du transporteur se retrouve dans le régime des responsabilités, sur lequel le droit maritime s'est aligné. L'étude des documents de transports, qui matérialisent les relations des acteurs, révèle que l'émergence du commerce électronique est en train de les supprimer, en privilégiant la pratique maritime. Les deux systèmes juridiques doivent faire face à la multiplicité des textes internationaux, qui conduit à l'émergence de différents degrés de responsabilité des transporteurs et qui porte atteinte à l'unité des régimes, du fait de la diversité des textes régissant une même situation. Les tribunaux, comme les parties, luttent pour identifier la juridiction qui entendra l'affaire; ce qui donne naissance aux conflits de juridictions. Les textes ont essayé

de surmonter la difficulté, sans résultat. Le droit maritime y est relativement parvenu, en reconnaissant les clauses attributives de compétence. Si le droit aérien ne réserve pas un accueil favorable à la clause d'*electio juris*, qui désigne le tribunal compétent pour résoudre le litige, il en va autrement de la clause compromissoire. Admise dans la Convention de Varsovie, cette dernière confère à un arbitre la mission de régler le différend pour lequel il a été nommé. Le rôle important que joue l'arbitrage en droit maritime semble pouvoir influencer la pratique des opérateurs aériens.

Après avoir examiné l'évolution de l'influence des deux droits en matière de responsabilité des transporteurs, cause des conflits de juridictions, nous étudierons la solution retenue par les textes internationaux, la réaction des parties ainsi que celles des juridictions. Il ressortira que la pratique maritime, qui recherche à régler les conflits hors cours avant la naissance du litige, est la solution la plus adaptée en matière de transport international de marchandises, comme le confirme la Convention de Genève de 1980 sur le transport multimodal.

PREMIERE PARTIE:

CAUSE DES CONFLITS DE JURIDICTIONS:

LA RESPONSABILITE

Les dispositions relatives à la responsabilité du transporteur sont contenues dans des Conventions internationales. En droit maritime, il s'agit de la Convention de Bruxelles de 1924 amendée par le Protocole de Visby de 1968 et la Convention de Hambourg de 1978. Alors que la première fait l'objet de nombreuses ratifications, la seconde n'est entrée en vigueur en 1992 que dans très peu de pays. Les Etats-Unis possèdent leur propre législation: la COGSA. C'est l'adaptation de la Convention de Bruxelles aux concepts américains. Elle s'applique aux transports internes comme externes, ce qui a pour effet d'affaiblir l'uniformisation du droit maritime.

En droit aérien, la responsabilité du transporteur a été unifiée dans la Convention de Varsovie de 1929 qui est en constante évolution comme le révèle les Protocoles de La Haye 1955, de Guadalajara 1961, de Guatemala 1971 et de Montréal 1975. Au mois de mai dernier, l'O.A.C.I.⁴ a tenu une nouvelle conférence visant à améliorer l'unification de certaines règles relatives au transport aérien. Elle corrige totalement le système varsovien en place en le synthétisant et l'adaptant aux nouvelles réalités.

Si le but recherché, aussi bien en droit maritime qu'en droit aérien, a été d'unifier les règles au niveau international afin de dégager un régime acceptable et applicable par tous

les Etats et de donner une réponse au développement des transports internationaux, il ressort que la multiplicité des textes porte atteinte à cet objectif.

Dans les premières années du XX^{ème} siècle, le droit aérien s'est largement inspiré du droit maritime pour évoluer. En effet, il était considéré comme une sous catégorie de ce dernier. Certains pensaient même qu'il fallait les assimiler car le risque considérable et le vocabulaire employé étaient similaires⁵. L'évolution de ces deux droits a contribué à affirmer leur autonomie et spécificité.

D'après David Sassoon, "cargo is at a considerable disadvantage, when it is transported by sea rather than by land or air." The "carrier enjoys rights and immunities far more extensive than those afforded the rail, the road or air carrier of international shipment."⁶. Adeline Briant défend la flexibilité et supériorité du droit aérien par rapport au droit maritime⁷. Aujourd'hui, le droit aérien a-t-il véritablement terminé de tirer profit du droit maritime ou doit-il encore continuer à s'y référer et s'en inspirer? C'est ce que nous allons examiner en étudiant les influences réciproques qu'exercent entre eux ces droits en matière de document de transport et de régime de responsabilité, ainsi que les difficultés identiques auxquelles ils doivent faire face à cause de l'unification incomplète et fragile des règles qui a été réalisée.

⁴ Organisation de l'Aviation Civile Internationale.

⁵ de Juglart, *supra* note 3, au n° 28.

⁶ David M. Sassoon, *Liability for the International Carriage of Goods by Sea, Land and Air: Some Comparisons*, J. Mart. L. & Com. 3 1972 759.

I. LES INFLUENCES RECIPROQUES

Le droit aérien apparu au XXème siècle s'est fortement inspiré du droit maritime, élaboré depuis de nombreux siècles, pour résoudre ses problèmes juridiques. Ce mode de transport récent, en constante mutation à cause de l'important rôle que joue la technologie à son égard, est progressivement parvenu à affirmer sa spécificité et son autonomie par rapport au droit maritime. C'est ce qui ressort de l'évolution des Conventions. Toutefois, l'influence du droit maritime se fait encore parfois ressentir comme va le révéler l'étude comparative des divers documents de transports utilisés en pratique pour ces divers modes de transports, ainsi que les différents régimes de responsabilité qui leurs sont applicables.

Section 1: Documents de transport

Le droit aérien comme le droit maritime visent à régir des situations complexes car elles mettent en présence de nombreux individus : le propriétaire du navire ou de l'avion, la personne qui loue le moyen de transport, l'expéditeur des marchandises, le transporteur, les destinataires. Afin de garantir les intérêts de tous, la pratique a élaboré plusieurs documents permettant d'identifier les relations en cause. Les deux principaux sont la lettre de transport et le connaissement. Si ces deux documents existent en droit maritime, seul le premier est utilisé en droit aérien. L'impact de la conteneurisation ainsi que la révolution du commerce électronique ont généré des changements importants. Du fait des similitudes

⁷ Adeline Briant, «International Carriage of Cargo: a Comparative Study of the Liability of the Carrier in Maritime and Air Transport Law», (1993) XVIII-I Ann. Air & Sp. L. à la p. 47.

et liens étroits qui existent entre ces deux modes de transport, il semblerait que le droit maritime soit prêt à faire une place plus importante à la lettre de transport et que le droit aérien, en vue de s'adapter à la nouvelle ère électronique, s'inspire des solutions dégagées par la pratique maritime. Après avoir étudié la nature et les caractéristiques de ces documents, nous examinerons leur place dans le commerce de demain: le commerce électronique.

A. Identification

1. Connaissance maritime

Le premier texte international en droit maritime est la Convention de Bruxelles de 1924 qui porte sur l'unification de certaines règles en matière de connaissements. Au lieu de fournir une définition de ce document, elle se contente de l'identifier par rapport à ses caractéristiques qui sont au nombre de trois. Le connaissement est le document du contrat de transport maritime. Il établit l'existence du contrat et fait foi des obligations assumées par le transporteur et le chargeur. La jurisprudence le considère comme la meilleure preuve du contrat de transport⁸. Son émission par le transporteur⁹ prouve qu'il a reçu la cargaison et que celle-ci était conforme aux énonciations du connaissement. Le document a la valeur de présomption simple et admet la preuve contraire, mais qu'entre les parties. A l'égard des tiers, il vaut présomption irréfragable par souci de protection¹⁰. Enfin, en tant que titre représentatif des droits sur la marchandise, le connaissement du chargeur expédié au destinataire permet à celui-ci de réclamer la marchandise à l'arrivée. Selon

⁸ *The Ardennes* [1950] 2 All. E. R. 517.

⁹ Article 1b.

Ripert, c'est parce que "le connaissement est l'instrument de la possession des marchandises embarquées. Le porteur du connaissement est donc le possesseur des marchandises"¹¹. C'est pourquoi c'est un titre négociable. La transférabilité du connaissement est sa caractéristique principale.

La nouvelle loi internationale en matière de droit maritime, résultante des travaux menés à la C.N.U.C.E.D. puis à la C.N.U.D.C.I.¹², a abouti à la rédaction des Règles de Hambourg le 31 mars 1978 qui ne sont entrées en vigueur que, pour très peu de pays, en 1992. Elles sont beaucoup plus précises que ne l'est la Convention de Bruxelles en matière de connaissement et lui consacrent pratiquement toute la quatrième partie relative aux documents de transport. Elles le définissent dans le premier article¹³ en lui reconnaissant sa triple fonction de preuve de contrat, de reçu ainsi que de titre représentatif des droits sur la marchandise. L'article 15 énumère une liste des éléments spécifiques que le connaissement doit contenir, qui n'est pas sans rappeler celle de la Convention de Varsovie pour la lettre de transport¹⁴.

¹⁰ Articles 3-3 et 3-4.

¹¹ Remond- Guilloud, *supra* note 1 à la p. 355.

¹² C.N.U.C.E.D.: Conférence des Nations-Unies pour le commerce et le développement.

C.N.U.D.C.I.: Commission des Nations-Unies sur le droit commercial international.

¹³ L'article 1-7 énonce que: "Le terme "connaissement" désigne un document faisant preuve d'un contrat de transport par mer et constatant la prise en charge ou la mise à bord des marchandises par le transporteur ainsi que l'engagement de celui-ci de délivrer les marchandises contre remise de ce document. Cet engagement résulte d'une mention dans le document stipulant que les marchandises doivent être délivrées à l'ordre d'une personne dénommée ou à ordre ou au porteur."

¹⁴ L'article 8, qui contient les dispositions relatives au contenu de la lettre de transport, a été modifié de nombreuses fois lors des amendements de la Convention de Varsovie. Le nouveau texte de 1999 énonce à l'article 5 que: "La lettre de transport aérien ou le récépissé de marchandises contiennent:

a) l'indication des points de départ et de destination;

b) si les points de départ et de destination sont situés sur le territoire d'un même Etat partie et qu'une ou plusieurs escales sont prévues sur le territoire d'un autre Etat, l'indication d'une de ces escales;

2. Lettre de Transport Aérien (LTA)

C'est le document principal en droit aérien. Son régime est réglementé par la Convention de Varsovie de 1929. Sa définition figure à l'article 11. Comme le connaissement maritime, il possède diverses fonctions. C'est avant tout un titre probatoire. Il fait foi du contrat de transport et de son contenu jusqu'à preuve du contraire¹⁵. En tant qu'*instrumentum*, la lettre de transport sert de preuve du contenu du contrat de transport, de la réception de la marchandise et des conditions de transport. Une distinction est opérée quant à la valeur des informations qui sont contenues dans le document, qui ne se retrouve pas en droit maritime: certaines sont irréfragables alors que d'autres ne valent que présomption simple.

La lettre de transport est un document d'instruction en ce que l'expéditeur y inscrit les directives nécessaires, quant aux modalités d'exécution du transport, que le transporteur devra suivre. C'est un document d'accompagnement de la marchandise, ainsi qu'une pièce de légitimation¹⁶. La lettre de transport accompagne le fret, dans son trajet ce qui permet de vérifier la cargaison, et l'expéditeur ne peut disposer de la marchandise que s'il présente l'exemplaire en sa possession de la lettre de transport.

D'après l'article 6 paragraphe 1 de la Convention de Varsovie, il revient au transporteur le droit de réclamer la rédaction de ce document alors qu'en droit maritime, il revient à

c) la mention du poids de l'expédition."

¹⁵ Article 11 de la Convention de Varsovie qui n'a pas été modifié par les Protocoles ultérieurs.

¹⁶ Elle remplit par là une fonction commerciale très importante car en se dessaisissant du triplicata de la lettre de transport, l'expéditeur se prive de la possibilité de disposer ultérieurement de la marchandise

l'expéditeur de demander le connaissance. En pratique, il apparaît que la lettre de transport est toujours établie par le transporteur ou pour son compte; mais elle est établie sous la dictée de l'expéditeur¹⁷, comme le connaissance maritime.

Dans la Convention de Varsovie, le transporteur a le droit de réclamer à l'expéditeur la rédaction d'une lettre de transport et ce dernier, réciproquement, a le droit de demander à celui-ci de l'accepter¹⁸. Cette option sous-entend que la lettre de transport n'est pas obligatoire et peut ne pas être délivrée s'il y a accord entre les deux intéressés. En effet, "le contrat de transport... est purement consensuel..."¹⁹. Si elle est délivrée, alors elle représente le contrat de transport et peut donc contenir des dispositions particulières pour autant qu'elles ne soient pas en contradiction avec la Convention²⁰.

En droit maritime, le transporteur peut accroître sa responsabilité²¹. Le connaissance lui permet également d'être exonéré de toute responsabilité si l'expéditeur a sciemment fourni des informations inexactes concernant la nature ou la valeur des biens transportés²².

D'après l'article 5 de la Convention de Varsovie, l'absence, l'irrégularité ou la perte du document n'affecte pas son application à la différence de la Convention de Bruxelles qui

transportée. Voir Armin Schweickhardt, « Lettre de transport aérien ou connaissance aérien? » (1951) 5 R.F.D.A. à la p. 21.

¹⁷ de Juglart, *supra* note 3 aux n° 2610 et 2614.

¹⁸ Article 33 qui est devenu l'article 27 du nouveau texte de 1999.

¹⁹ M. Livine, *Droit aérien*, Bruxelles, 1970 à la p. 235.

²⁰ *Supra* note 18.

²¹ Article 4- 5a.

²² Article 4-5h.

ne s'applique que s'il existe un connaissance²³. La Convention de Hambourg se rapproche du droit aérien car son champ d'application est plus large que celui du texte de 1924; elle s'applique à tous les contrats de transport maritime²⁴ et seul le défaut de certaines mentions porte atteinte à la validité du connaissance²⁵.

En son article 9, la Convention de Varsovie sanctionnait sévèrement le défaut de lettre de transport ou son irrégularité²⁶. Le transporteur se voyait perdre le droit d'invoquer le bénéfice de la limitation de responsabilité prévue à l'article 22. Le Protocole de Montréal numéro 4 ainsi que la nouvelle version de la Convention de Varsovie de 1999 ont supprimé cette sanction. L'inobservation des dispositions relatives aux documents obligatoires²⁷ est sans conséquence.

B. Influences lors de l'évolution

Les caractéristiques retenues dans les textes internationaux affirment la spécificité de chacun des documents alors que la pratique révèle, à l'inverse, leur rapprochement. La lettre de transport aérien tend à devenir négociable et certains auteurs ont même envisagé sa substitution par le connaissance. Le droit maritime semble se rapprocher du droit aérien par la multiplication du recours aux lettres de transport. La révolution du commerce électronique confirme cette tendance.

²³ Article 1b.

²⁴ Article 2-1 à 6.

²⁵ Article 15-3.

²⁶ Article 8.

²⁷ Article 9.

1. Droit aérien et rapprochement vers le connaissement

L'influence du droit maritime se fait toujours sentir en droit aérien dans les discussions relatives au rapprochement de la lettre de transport aérien avec le connaissement. Celles-ci portent sur la reconnaissance du caractère négociable du document, qui est la caractéristique principale du connaissement maritime, et sur sa substitution par ce dernier. Si aucune des solutions n'a pu durablement s'imposer dans les textes, en pratique, il en est autrement.

a. Négociabilité de la Lettre de Transport Aérien

Comme la Convention de Varsovie était muette sur la question de la négociabilité de la lettre de transport, il a été considéré qu'elle n'était pas interdite. Elle a été reconnue en pratique en assimilant le document aérien au connaissement maritime²⁸. Les compagnies aériennes ont rapidement réagi en s'opposant à tout transfert de document à un porteur créancier de l'expéditeur ou du destinataire²⁹. Cette question de négociabilité a été fortement discutée³⁰. En vue de mettre un terme à la controverse, certains auteurs du Protocole de La Haye de 1955 ont décidé d'unifier les transports aérien et maritime de marchandises en ajoutant une nouvelle disposition admettant la négociabilité de la lettre de transport³¹. Une telle reconnaissance a plusieurs avantages. Elle permet au propriétaire de disposer de la cargaison avant même qu'elle n'arrive et au vendeur de réclamer à la banque le prix de la vente avant que l'acheteur ne l'ait versé. Celui-ci peut attendre de

²⁸ Nicolas Mateesco Matte, *Traité de droit aérien-aéronautique*, 3^{éd.}, Montréal (Qc.), Institut et centre de droit aérien et spatial, 1980, aux pp. 402-403.

²⁹ François Legrez, « Négociabilité de la lettre de transport aérien » (1949) 3 R.F.D.A. à la p. 353.

³⁰ ICAO DOC 7686 LC/140 Vol. I p. 151 et suiv.

recevoir les marchandises pour le faire. La lettre de transport devient un document de crédit qui justifie à tout moment la réalisation de transactions. L'unification ainsi réalisée simplifie le transport combiné air-mer car un même document couvre désormais l'ensemble du transport.

La solution retenue dans le Protocole de La Haye n'est pas parvenue à résoudre le problème car la pratique reste inchangée; la lettre de transport négociable n'est pas utilisée³². Les compagnies aériennes considèrent que le transport aérien est trop rapide pour justifier la nécessité de reconnaître la négociabilité du document. En réalité, elles craignent d'être tenues par la rigueur d'un titre négociable. Les banques ne disposent donc pas de droit de gage sur les marchandises en cours de transport. Pour y remédier, la pratique spécifie, dans la lettre de transport, que le destinataire est telle institution financière ou un tiers convenu. Les banques acceptent généralement des opérations de crédit documentaire sur la LTA³³. La négociabilité de la lettre de transport aérien, qui figurait toujours dans la Convention de Varsovie telle qu'amendée par le Protocole de Guatemala de 1971, a été supprimée lors de la conférence du Protocole de Montréal numéro 4 car il n'existe pas de réelle nécessité économique³⁴.

³¹ Article 15-3 " Rien dans la présente Convention n'empêche l'établissement d'une lettre de transport aérien négociable."

³² Aleksander Tobolewski, *The Evolution of the Provisions of the Warsaw Convention Relating to the Carriage of Cargo*, thèse de maîtrise en droit, Université de McGill, 1976, [non publiée], à la p. 85.

³³ de Juglart, *supra* note 3 au n° 2626.

³⁴ Tobolewski, *supra* note 32 à la p. 113.

Le rapprochement du titre de transport aérien avec le connaissement maritime ne s'est pas arrêté là. Certains sont même allés jusqu'à réclamer la substitution de la lettre de transport par le connaissement.

b. Substitution du connaissement à la lettre de transport aérien

Lors des premières révisions de la Convention de Varsovie, de nombreux auteurs ont réclamé le remplacement de la lettre de transport aérien par le connaissement³⁵. La raison en est que le trafic fret aérien devrait offrir les mêmes avantages que ceux du droit maritime et que l'expéditeur aérien devrait pouvoir transférer la propriété en cours de route, moyennant transmission du connaissement aérien. Le destinataire aurait ainsi l'avantage de pouvoir aliéner la marchandise avant sa prise de possession. Mais, la rapidité du transport aérien a diminué l'importance de la reconnaissance du connaissement. Il n'y a effectivement pas lieu d'envisager la possibilité de transférer la propriété de la marchandise au cours d'un transport qui est trop rapide. En outre, l'inconvénient d'un tel document réside dans le fait que le débiteur ignore l'identité du créancier, alors que grâce à la lettre de transport, le transporteur est renseigné.

Quand bien même le transport aérien est plus rapide que le transport maritime, le destinataire ne devrait-il pas se voir tout de même reconnaître la possibilité de disposer de la marchandise le plus rapidement possible? Les progrès techniques ont permis de diminuer considérablement la durée des voyages maritimes sans que cela n'affecte la nature du connaissement. La rapidité ne semble pas justifier le rejet de la négociabilité de

la lettre de transport. Sa substitution par un connaissance est plus contestable car celui-ci apparaît, sinon céder, du moins partager sa place avec la lettre de transport maritime. Cette tendance semble être amenée à s'accroître à cause du développement du commerce électronique et du rôle que celui-ci est amené à jouer dans les relations commerciales de demain.

2. Lettre de transport maritime

L'évolution du commerce a porté atteinte à la valeur du connaissance. Beaucoup de marchandises transportées par mer ne font plus l'objet de contrat de vente car le chargeur se les expédie, et avec les progrès techniques. La marchandise arrive souvent plus tôt que le connaissance, envoyé par avion³⁵, qui est retardé par les détours "financiers" nécessaires pour remplir la fonction de document de crédit³⁷. Cet inconvénient conduit à la création d'embouteillage dans les ports et retard dans la livraison de la marchandise car le transporteur ne peut légalement remettre les biens tant que le destinataire ne produit pas le connaissance, le coût de délivrance et de vérification. En droit maritime, les documents représentent 10 à 15% des frais de transport. Leur falsification est très fréquente³⁸ et les informations contenues sont souvent insuffisantes, ce qui laisse dubitatif quant à la sécurité des transactions. N'est-il pas temps d'envisager un nouveau document plus souple, tel que la lettre de transport, pour le remplacer?

³⁵ Legrez, *supra* note 29 aux pp. 353 et suiv.

³⁶ René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, 12^{éd.}, Paris, Dalloz, 1997 au n° 349-1.

³⁷ A.N. Yiannopoulos, *Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes and EDI Systems*, Académie Internationale de Droit Comparé, XIV^{ème} Congrès International de Droit Comparé, La Haye, Kluwer Law International, 1995 à la p. 17.

³⁸ K. Bernauw, « Current Developments Concerning the Form of the Bills of Lading- Belgium », dans *Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes, and EDI Systems*, *supra* note 37 à la p. 112.

Certains auteurs sont en faveur de l'élimination du connaissance³⁹. Ils préfèrent la lettre de transport largement acceptée en droit aérien et qui remplit les deux fonctions essentielles du connaissance, à savoir; celle du reçu et celle de représentation du contrat de transport. La lettre de transport maritime n'est pas un document original car elle se retrouve dans la Convention routière⁴⁰ et la Convention ferroviaire⁴¹. Elle semble connaître une grande popularité comme l'indique les rapports nationaux⁴². Elle fait preuve du contrat de transport maritime et des caractéristiques de la marchandise chargée. A la différence du connaissance, elle ne la représente pas et n'est donc pas négociable. Elle ne permet pas de transférer la propriété des biens et n'est pas requise lors de la remise de la cargaison. La souplesse de la lettre de transport permet au destinataire d'obtenir la marchandise sans la produire. La seule preuve de son identité suffit. C'est le système adopté par le droit aérien dès la Convention de Varsovie en 1929 et reconnu dans les Règles de Hambourg à l'article 18.

Les avantages d'un tel document sont qu'il peut voyager avec la marchandise, évite un formalisme trop lourd et réduit les risques du transporteur à l'égard du destinataire. Son défaut de négociabilité nuit à la sécurité des rapports entre l'acheteur, le vendeur et le destinataire. Ceci n'empêche pas que son admission par la pratique continue d'augmenter

³⁹ Coffey, « Multimodalism the American Carrier », (1989) 64 Tul. L. Rev. 569 à la p. 588.

⁴⁰ *Convention International sur le Contrat de Transport International de Marchandises par Routes*, Genève, 19 mai 1956 (C.M.R.).

⁴¹ *Convention sur le Transport International de Marchandises par Chemins de Fer (Carriage by Rail)*, Berne 9 mai 1980, entrée en vigueur le 1 mai 1985 (C.O.T.I.F.).

⁴² Yiannopoulos, *supra* note 37 à la p. 19.

car il réduit les coûts de l'établissement et du recours au connaissement ainsi que les retards⁴³.

En s'alignant sur le droit aérien en reconnaissant la lettre de transport, le droit maritime régresse en ce qu'il revient à un système consensuel débarrassé du formalisme matérialisé par le connaissement. Toutefois par la même occasion, il facilite les échanges en facilitant le traitement informatique du transport en l'affranchissant du support papier.

La Convention de Bruxelles ne s'applique qu'en matière de connaissement; par conséquent, si la lettre de transport maritime vient à remplacer le connaissement, de nouvelles règles devront être édictées⁴⁴. La lettre de transport engendre une grande confusion sur le plan international quant à son régime et au droit qui lui est applicable⁴⁵. Le développement du commerce électronique va peut être permettre de remédier à ces difficultés.

3. Commerce électronique

Les progrès techniques réalisés en matière de célérité et de sécurité dans les domaines maritime et aérien, la révolution de la conteneurisation et le développement du transport combiné conduisent à la nécessité de modifier la procédure d'établissement des documents de transports. L'évolution des modes de communication influence également les pratiques commerciales. Nous rentrons, en partie grâce à l'Internet, dans l'ère électronique de la dématérialisation. Toutefois, celle-ci ne semble pas convenir, actuellement, à toutes les

⁴³ *Ibid.* aux pp. 19-20.

⁴⁴ Les Règles de Hambourg ne lui consacrent aucune disposition spécifique. Elles continuent d'identifier le connaissement comme le document principal du transport (article 1-7).

pratiques comme celle du droit maritime où le formalisme tient une place trop importante. Le vrai défi de l'évolution électronique en droit maritime concerne la transmission et la négociabilité du connaissance⁴⁶. Jusqu'à ce jour, le concept de négociabilité va de paire avec l'existence du document papier. Seul ce qui est tangible peut être physiquement transféré d'une personne à une autre⁴⁷. De plus le formalisme n'est pas seulement imposé pour des questions de sécurité dans les relations entre les acteurs mais également dans un but administratif en matière de douane. Ne serait-il pas possible d'imaginer la dématérialisation du connaissance et d'admettre sa forme électronique? Les situations dans lesquelles les biens arrivent à destination avant le document de transport pourraient ainsi disparaître⁴⁸.

Le droit maritime, comme le droit aérien, ne semble pas interdire le recours au moyen électronique. Si la Convention de Bruxelles exige que le connaissance soit mis par écrit, sur papier, ou manuellement signé, la Convention de Hambourg reconnaît à l'article 14

⁴⁵ Rodière et du Pontavice, *supra* note 36 au n° 349-2.

⁴⁶ Les ordinateurs sont depuis longtemps utilisés afin de conserver trace des conteneurs, calculer la stabilité du navire etc... Les grandes compagnies de fret se sont informatisées très rapidement afin d'augmenter la rapidité de leurs communications avec leurs banques, clients... Elles mettent beaucoup de pression sur leurs banques ainsi que leurs transporteurs afin que leurs communications soient informatisées. Une telle situation laisse presager que le connaissance électronique pourra un jour être effectif si tous les commerçants et acteurs parviennent à se connecter. Le développement d'Internet augmente une telle probabilité car il favorisera un standard universel du connaissance dont la communication sera instantanée.

⁴⁷ Il faut noter que les pays civilistes n'ont pas la même position que les pays de common law à l'égard de la fonction que remplit le connaissance. Voir Luis Cova Arria, « Legal Obstacles to the Implementation of the Electronic Bill of Lading in Civil Law Countries » (1997) XXXII Eur. Transp. L. à la p. 710. Alors que pour les premiers, il remplit une fonction d'instrument négociable, pour les seconds il ne représente qu'un titre. Voir William Tetley, *Marine Cargo Claims*, 3ème éd., Montreal (Qc), I.S.P., Blais, 1988 à la p. 220.

⁴⁸ Il ne s'agirait pas juste d'imprimer l'écran sur lequel apparaissent les informations contenues dans le connaissance. Le connaissance électronique serait le nom donné à la série de messages EDI qui ensemble pourraient remplir la même fonction que le connaissance traditionnel. Voir G.J Van Der Ziel,

para.3 le recours au moyen électronique. Elles énumèrent les informations devant figurer dans le document que le transporteur délivre. Qu'il soit sur support papier ou électronique, le connaissement apparaît valable pour autant qu'il contienne les informations requises.

La dématérialisation des documents soulève certaines difficultés, telles que celles relatives au formalisme, à la valeur probante des documents ainsi qu'à la détermination de leur formation (lieu, date) qui doivent être surmontées afin de garantir la sécurité des transactions. La question de l'authenticité de la signature du document est également à prendre en considération. Comment assurer que ce sont bien le transporteur et l'expéditeur qui ont signé le document dématérialisé? Ne vaudrait-il pas mieux à la place de signatures se référer à l'identité des parties?

Afin de surmonter ces situations, le C.M.I.⁴⁹ a élaboré un ensemble de règles répondant à la pratique électronique en matière de connaissement⁵⁰.

Si les usages risquent d'affecter la reconnaissance du connaissement électronique, le droit maritime semble pouvoir se rallier le commerce électronique par le biais de la lettre de transport qui n'est pas un instrument négociable et qui n'a donc pas besoin d'être mise par écrit. Le caractère non obligatoire de la lettre de transport va de paire avec les nouvelles techniques commerciales. La dématérialisation joue un très grand rôle aujourd'hui dans les

«Main Legal Issues Related to the Implementation of Electronic Transport Documentation », 1997 XXXII Eur. Transp. L. à la p. 715.

⁴⁹ Comité Maritime International.

transactions électronisées, comme le révèle l'automatisation des procédures en droit aérien. La révolution informatique a permis de réduire de façon conséquente les coûts ainsi que les temps de manutention des marchandises. La lettre de transport se voit attribuer une nouvelle fonction qui consiste à simplement consigner le transport. Le droit aérien montre la voie du commerce électronique au droit maritime non seulement en imposant la lettre de transport en pratique mais également en le reconnaissant à l'article 5-2 de la Convention de Varsovie, telle que modifiée par le Protocole de Montréal numéro 4⁵¹. Grâce à cette nouvelle disposition, l'expéditeur peut désormais choisir le document qui matérialisera le contrat de transport et recourir aux instruments électroniques tout en étant protégé.

Les travaux entrepris en droit maritime en matière électronique ne sont pas insignifiants et semblent également à leur tour avoir influencé le droit aérien. Le « Data Freight Receipt » qui est utilisé à la place du connaissement dans de nombreuses expéditions de conteneurs, et qui peut être informatisé, se retrouve à l'article 3 du Protocole de Montréal numéro 4, qui substitue un texte nouveau au paragraphe 2 de l'article 5 de la Convention de Varsovie⁵². Avec cette technique, la lettre de transport est remplacée par un système automatique de traitement et de transmission, ce qui réduit le coût et la complexité des formalités documentaires du fret aérien.

⁵⁰ Les Règles sur les connaissements électroniques, 1990 C.M.I..

⁵¹ Le Protocole de Guatemala avait envisagé la possibilité d'un titre de transport délivré par des machines électroniques et mécaniques, pour les passagers. Cette simplification s'annonce encore plus nécessaire dans le cas de marchandises avec la multiplicité des colis. Il est donc possible d'émettre un document de transport automatisé (article 5). Voir Matte, *supra* note 28 à la p. 489.

⁵² "L'emploi de tout autre moyen constatant les indications relatives au transport à exécuter peut, avec le consentement de l'expéditeur, se substituer à l'émission de la lettre de transport aérien. Si de tels autres

En matière de documents de transport, il ressort que le droit aérien s'est rapidement démarqué du droit maritime en s'inspirant des règles du transport ferroviaire, comme en témoigne la lettre de transport. Toutefois, à la différence du connaissement, celle-ci n'est pas négociable; ce qui suscite une polémique. L'hostilité des compagnies aériennes à la reconnaissance du caractère négociable de la lettre de transport, le manque de réelle nécessité économique ainsi que les techniques de la pratique pour y pallier ont attisé la situation. A son tour, le droit aérien a influencé le droit maritime comme en témoigne la multiplication des lettres de transport. Dans la nouvelle ère du commerce électronique, les règles restent à bâtir et l'influence entre ces deux modes de transport est réciproque. Ce qui conduit à se demander si ces deux modes de transports ne peuvent pas adopter un document électronique similaire de transport.

Les similitudes et divergences entre les droits aérien et maritime ne relèvent pas que du formalisme, elles se retrouvent également de façon substantielle au niveau de la responsabilité des transporteurs.

moyens sont utilisés, le transporteur délivre à l'expéditeur (...) un récépissé de la marchandise permettant l'identification de l'expédition et l'accès aux indications enregistrées par ces autres moyens."

Section 2: Evolution des responsabilités du transporteur maritime et aérien

Avant de mettre en évidence les caractéristiques communes aux régimes de responsabilité des droits aérien et maritime à travers leurs fondements et limites, nous clarifierons d'abord la notion de transporteur. Il apparaîtra que les deux régimes se sont considérablement rapprochés.

A. Identification du transporteur

Avant de mettre en cause une responsabilité, il faut d'abord identifier les personnes relevant de son champ d'application. L'objectif est de pouvoir réclamer, au véritable auteur du dommage, une compensation pour la perte ou la détérioration des biens transportés. Dans les premiers temps des Conventions, aucun des systèmes, aussi bien celui du droit maritime que celui du droit aérien, ne fournissait une définition précise du transporteur. La Convention de Bruxelles de 1924 est imprécise. Elle déclare à l'article 1 (a) que "le "transporteur" comprend le propriétaire du navire ou l'affréteur, partie à un contrat de transport avec un chargeur.". Une telle définition si générale laisse place à la libre interprétation. La Convention de Varsovie de 1929 est muette à ce sujet. Cette lacune s'explique par le fait que ses rédacteurs ne voulaient pas figer le droit aérien en pleine évolution et redoutaient que la rigidité des définitions insérées dans une Convention ne porte atteinte à sa souplesse⁵³. Dès 1961, la crainte s'est dissipée et la Convention de Guadalajara opère une distinction entre le transporteur contractuel et le transporteur de

⁵³ I.H. Diederiks-Verschoor, « Some Observations Regarding the Liability of the Carrier in Air and Maritime Law » (1973) VIII Eur. Transp. L. à la p. 250.

fait, à l'article 1(b) et (c). Le "transporteur contractuel signifie une personne partie à un contrat de transport régi par la Convention de Varsovie et conclu avec un passager ou un expéditeur ou avec une personne agissant pour le compte du passager ou l'expéditeur,"; le "transporteur de fait signifie une personne, autre que le transporteur contractuel, qui, en vertu d'une autorisation donnée par le transporteur contractuel, effectue tout ou partie du transport prévu à l'alinéa b) mais n'est pas, en ce qui concerne cette partie, un transporteur successif au sens de la Convention de Varsovie. Cette autorisation est présumée, sauf preuve contraire." Leurs différents régimes de responsabilité figurent aux articles 2 à 10 de la Convention de Guadalajara. En droit maritime, le Protocole de Visby apporte une précision supplémentaire quant à l'identification du transporteur, à l'article 4 bis (2), en employant le terme "préposé du transporteur" pour désigner un agent ou serviteur du transporteur. L'expression peut inclure l'affréteur lorsque le propriétaire du navire passe le contrat.

La non-identification du transporteur maritime entraîne de nombreux inconvénients en matière de transport combiné⁵⁴, surtout depuis la révolution de la conteneurisation. L'identification du moment et lieu où le dommage s'est produit devient très important pour le transporteur. La non-identification de la personne en charge des marchandises, une fois qu'elles ont été débarquées, revient à multiplier les procédures et à traire en justice tous les transporteurs et manutentionnaires, afin de garantir ses droits. Il en découle l'insécurité et le conflit entre les règles des diverses juridictions sur la route du

⁵⁴ Le transport combiné s'entend d'une opération de transport complexe supposant l'intervention de plusieurs moyens relevant de modes de transport différents: air-mer, mer-fer, mer-route, ou mer-fleuve. supra note 1 au n° 601.

transporteur⁵⁵. Le silence de la Convention de Bruxelles et l'insuffisance du Protocole de Visby pour répondre au progrès réalisé en matière de transport conduisent les juridictions à résoudre le problème par elles-mêmes. Le droit maritime perd de son uniformisation⁵⁶. Afin d'y remédier, la Convention de Hambourg lève le doute quant à la définition du transporteur en adoptant la distinction du droit aérien. L'article 1(1) identifie le transporteur contractuel⁵⁷ et l'article 1 (2) le transporteur de fait⁵⁸. L'article 10 régit leur régime respectif de responsabilité⁵⁹.

Aujourd'hui, aussi bien en droit aérien qu'en droit maritime, le transporteur s'entend comme étant la personne qui passe, directement ou par l'intermédiaire d'un agent, un contrat pour exécuter le transport. Un tiers peut donc être attaqué en justice sur le fondement du contrat de transport auquel il n'est pas partie.

Quelle est cette responsabilité que le transporteur peut encourir? Quels sont son fondement et ses limites?

⁵⁵ J.O. Honnold, « Ocean Carriers and Cargo: Clarity and Fairness- Hague or Hamburg? » (1993) 24 J. Mart. L. & Com. à la p. 86.

⁵⁶ Ce silence a pour fâcheuse conséquence de nourrir le forum shopping. Les parties recherchent avant tout la solution nationale la plus protectrice de leurs intérêts.

⁵⁷ Le terme "transporteur" désigne toute personne par laquelle ou au nom de laquelle un contrat de transport de marchandises par mer est conclu avec un chargeur.

⁵⁸ Les termes "transporteur substitué" désignent toute personne à laquelle l'exécution du transport de marchandises, ou d'une partie de ce transport, est confiée par le transporteur et doivent s'entendre également de toute autre personne à laquelle cette exécution est confiée.

⁵⁹ Le droit maritime américain est régit par une Convention adoptée en 1936, la COGSA, qui est la transposition de la Convention de Bruxelles de 1924 adaptée aux solutions nationales. Il est intéressant de noter que ce texte ne contient pas de distinction entre le transporteur contractuel et le transporteur de fait ce qui apparaît très étrange puisque les Etats-Unis exercent une très grande influence en droit aérien. Comment expliquer le décalage entre le droit maritime et aérien dans ce pays? Les procès verbaux de la

B. Fondement de la responsabilité

1. Responsabilité stricte ou présumée?

Si la mise en œuvre de la responsabilité du transporteur en droit aérien et en droit maritime relevait de sa négligence, celle-ci était appréciée différemment jusqu'à la rédaction de la Convention de Hambourg. Il apparaît qu'à travers ce texte, le droit maritime s'aligne sur la présomption de responsabilité du droit aérien. Toutefois, sa faible réception par les Etats laisse dubitative quant à la réelle influence qu'exerce le droit aérien sur le droit maritime. Quelle est la situation actuelle du transporteur?

Les deux droits possèdent le même fondement de responsabilité: la négligence. La Convention de Varsovie, comme la Convention de Bruxelles, présume le transporteur responsable en cas de négligence, en cas de perte, de dommage à la marchandise ou de retard de livraison⁶⁰. Toutefois, alors que le transporteur aérien n'est tenu responsable que lorsque l'acte de négligence est rapporté⁶¹[responsabilité présumée], en droit maritime, le transporteur est tenu pour responsable, à moins qu'il n'invoque un cas d'exonération [responsabilité de plein droit]. Madame Remond Gouilloud admet la possibilité de croire à un système fondé sur la faute à cause de la place qui est faite à la diligence requise par le transporteur. Toutefois, elle estime qu'il n'en est rien. Le transporteur maritime est

Convention de Guadalajara révèlent que les Etats-Unis ne se sentent pas touchés par cette disposition. Doc 8301-LC/ 149-1.

⁶⁰ Article 18 à 30.

⁶¹ Article 20.

responsable de plein droit et ne peut s'exonérer qu'en établissant un des cas prévus par le texte⁶².

Si les transporteurs maritime et aérien ont tous deux comme obligation de réaliser le transport des marchandises, le degré de réalisation de ce transport n'est pas le même. Selon Mme Diederiks-Verschoor⁶³, la Convention de Bruxelles impose une obligation de résultat, alors que les articles 18 et 20 de la Convention de Varsovie doivent être interprétés comme imposant une obligation de moyen. La responsabilité du transporteur maritime est plus sévère que celle du transporteur aérien. Il est plus difficile de démontrer l'inexistence de négligence ou faute lourde lorsqu'il s'agit d'obligation de résultat que lorsqu'il s'agit d'une obligation de moyen.

La Convention de Hambourg vient bouleverser le système en introduisant en droit maritime une responsabilité fondée sur une présomption de faute, calquée sur la Convention de Varsovie. L'article 5-1 exige du transporteur qu'il rapporte la preuve positive de sa diligence raisonnable. Les exceptions admises dans les textes précédents ont disparu. S'il ne parvient pas, au vue des circonstances, à établir sa diligence, il reste tenu⁶⁴.

⁶² Remond-Guilloud, *supra* note 1 à la p. 373. Antoine Vialard est d'avis contraire. La lecture *a contrario* de l'article 4 (1) et (2) de la Convention de Bruxelles et du Protocole de Visby énonce une responsabilité de plein droit du transporteur, fondée sur la faute. Elle est mise en jeu dès que le manquement, l'avarie ou le retard sont démontrés. Le cocontractant n'a pas besoin de prouver la faute du transporteur. Ce régime de responsabilité contraignant a été inventé pour mettre fin aux abus des clauses exonératoires imposées par les armateurs aux chargeurs. Voir Antoine Vialard, *Droit maritime*, Paris, PUF, 1997 à la p. 410. Il en va de même dans les Règles de Hambourg à l'article 5 (1) et dans le texte américain, COGSA, à la Section 2 et 3 (2).

⁶³ Diederiks-Verschoor, *supra* note 53 à la p. 257.

⁶⁴ Remond-Guilloud, *supra* note 1 aux pp. 382-383.

L'influence aérienne se fait également ressentir au cours de la période pendant laquelle le transporteur à la charge de la marchandise.

2. Périodes couvertes par les Conventions

La Convention de Bruxelles considère que le "transport de marchandise couvre le temps écoulé depuis le chargement des marchandises à bord du navire jusqu'à leur déchargement du navire"⁶⁵. La Convention de Hambourg étend la période en la faisant courir du moment où le transporteur reçoit la marchandise jusqu'à l'accomplissement de la livraison⁶⁶, ce qui n'est pas sans rappeler l'article 18-4 du texte aérien⁶⁷.

Le transporteur voit sa protection accroître, car l'application de la Convention ne se limite plus au temps pendant lequel les biens se trouvent sur le navire. Elle s'étend à la période durant laquelle le transporteur exerce le contrôle juridique des biens. Pendant ce temps, il ne peut décliner sa responsabilité qui relève d'un régime spécial plafonné⁶⁸.

⁶⁵ Article 1e.

⁶⁶ Article 4-1.

⁶⁷ L'article 18-4 énonce que "le transport aérien (...) comprend la période pendant laquelle les bagages ou marchandises se trouvent sous la garde du transporteur, que ce soit dans un aéroport ou à bord d'un aéronef ou dans un lieu quelconque en cas d'atterrissage en dehors d'un aéroport."

⁶⁸ L'article 3 (8) de la Convention de Bruxelles autorise le transporteur à décliner sa responsabilité en dehors de la période de transport. L'article 23 de la Convention de Varsovie déclare nulle toute disposition qui maudifierait sa responsabilité peu important le moment du fait que le transporteur exerce toujours un contrôle légal sur la cargaison.

C. Limitation de responsabilité

Le transporteur jouit d'un régime qui lui permet de voir sa responsabilité limitée et de bénéficier d'immunités grâce à certaines clauses et événements particuliers. La limitation de responsabilité est née, en droit maritime comme en droit aérien, de considérations économiques. Le but premier était d'attirer le capital afin de développer leurs industries nouvelles, relativement coûteuses et dangereuses. La responsabilité du transporteur aérien est beaucoup plus étendue que celle du transporteur maritime car les enjeux financiers y sont beaucoup plus importants. Un Boeing 747 coûte 200 millions de dollars américains à la différence d'un gros transporteur maritime de 45,000 de tonnage qui n'en coûte 18,25 millions. Afin d'apprécier convenablement la réelle étendue de la responsabilité des transporteurs, il convient d'examiner les causes permettant leur exonération ainsi que les limites imposées.

1. Causes d'exonération

L'article 4(2) de la Convention de Bruxelles énumère 17 exceptions permettant au transporteur d'être exonéré de toute responsabilité, sans avoir à rapporter aucune preuve. Il s'agit d'une exonération de plein droit.

En droit aérien, l'article 18 de la Convention de Varsovie limite la responsabilité du transporteur au temps du transport aérien. Elle concerne le cas de destruction, perte ou avarie de la marchandise, ainsi que le dommage résultant d'un retard⁶⁹. Le Protocole de Montréal numéro 4 modifie cette responsabilité en l'augmentant. L'article 18-2, ancien

18-1, contient désormais les mots “*par cela seul* que le fait qui a causé le dommage s’est produit pendant le transport aérien”. L’ancienne version posait comme condition que “l’événement qui a causé le dommage s’est produit pendant le transport aérien”. L’unique condition posée à la mise en œuvre de la responsabilité du transporteur est le moment pendant lequel le fait a lieu. A cette responsabilité augmentée, le Protocole rajoute des gardes fous⁷⁰. L’alinéa 3 énumère des cas exonérateurs de responsabilité: a) la nature ou le vice propre de la marchandise; b) l’emballage défectueux de la marchandise par une personne autre que le transporteur ou ses préposés; c) un fait de guerre ou un conflit armé; d) un acte de l’autorité publique, accompli en relation avec l’entrée, la sortie ou le transit de la marchandise.

La nature ou le vice propre de la chose⁷¹ rappelle les “vices cachés et échappant à une diligence raisonnable” de l’article 4 2. e) mais le droit maritime est plus sévère car il pose une condition supplémentaire de diligence raisonnable. Celle-ci se voit atténuée par la libre interprétation des juges. L’article 23 du Protocole de La Haye admet les clauses d’exonération en cas de dommage ou perte résultant de la nature ou vice propre des marchandises. Elle fait écho à l’article 4.2.m) de la Convention de Bruxelles qui tient compte du vice caché. L’emballage défectueux de la marchandise⁷² rappelle l’insuffisance d’emballage de l’article 4 2. n). Le fait de guerre ou un conflit armé⁷³ fait écho à l’article

⁶⁹ Article 19.

⁷⁰ D’après I.A.T.A. et les assureurs aériens, une responsabilité trop stricte, dans ce domaine, porterait atteinte à l’économie des compagnies aériennes. Voir P. Croes, *Trucking Air Cargo: The Application of the Warsaw System to Bimodal Transport*, thèse de maîtrise en droit, Université McGill, Institut de Droit Aérien et Spatial, 1992 à la p. 58, [non publiée].

⁷¹ Article 18-3 a).

⁷² Article 18-3 b).

⁷³ Article 18-3 c).

4-2 e). Enfin l'acte de l'autorité publique accompli en relation avec l'entrée, la sortie ou le transit de la marchandise suggère l'arrêté ou la contrainte de prince, d'autorités ou du peuple de l'article 4-2 g).

Si les actes, négligence ou défaut du capitaine, marin, pilote ou des préposés dans la navigation ou dans l'administration du navire, de l'article 4-2 a) de la Convention de Bruxelles, figuraient également en tant que cause d'exonération dans la Convention de Varsovie de 1929 à l'article 20.2, ils ont disparu en 1955⁷⁴. La Convention de La Haye les a remplacés par un article beaucoup plus général.

La règle selon laquelle il revient à la personne qui invoque une exception de la prouver⁷⁵ n'est pas tempérée. Dans les deux systèmes, la charge de la preuve pèse sur le transporteur. L'article 4-2 q), qui vient conclure la liste des cas exonératoires de la Convention de Bruxelles, rend le système maritime très protecteur⁷⁶. Toute autre cause, dont la faute n'est pas celle du transporteur ou de ses préposés, doit être rapportée par la personne qui invoque la responsabilité du transporteur. La charge de la preuve est donc inversée. En droit aérien, au contraire, il lui incombe de démontrer que ni lui ni ses

⁷⁴ Ce concept avait été créé en droit maritime pour répondre aux cas où le propriétaire n'avait plus le contrôle de l'équipage ni de son navire. Il aurait été injuste qu'il soit tenu responsable de leurs actes alors qu'il ne possédait aucun lien avec eux. Voir D. Goedhuis, *National Air Legislation and the Warsaw Convention*, La Haye, Nijhoff, 1937 à la p. 232. La transposition de ce principe au droit aérien se comprenait lorsque les contacts radios n'existaient pas. Depuis la première guerre mondiale, aussi bien en droit aérien que maritime, avec le développement des modes de communications, une telle disposition n'a plus raison d'exister. La Convention de Hambourg a également remplacé cette disposition par l'article 5-1 qui est beaucoup général. L'article 5 (1) déclare le transporteur responsable pour les dommages causés aux marchandises dont il a la garde, à moins qu'il ne prouve qu'il n'ait pris les mesures raisonnables pour l'éviter.

⁷⁵ Arria, *supra* note 47 à la p. 370.

⁷⁶ La Convention de Bruxelles est pro-transporteur.

préposés n'ont commis d'imprudence. Il ne s'agit pas d'une obligation de résultat mais simplement de moyen; par conséquent le dommage n'entraîne pas la responsabilité de plein droit du transporteur, s'il établit qu'il a agit en tant que professionnel.

L'article 4.2. i) de la Convention de Bruxelles reconnaît l'irresponsabilité du transporteur pour les dommages causés par le chargeur. Cette idée est reprise à l'article 21⁷⁷ de la Convention de Varsovie dans le partage des responsabilités entre le transporteur aérien et la victime⁷⁸. Dans les deux systèmes, le transporteur doit prouver un lien de causalité entre la faute de la victime et la perte ou le dommage subi par les marchandises, ainsi que sa négligence.

L'article 8 de la Convention de Hambourg, à la différence du texte de 1924, prend en compte la question d'une violation grave ou de la faute lourde du transporteur pour lui supprimer sa limitation de responsabilité, comme en droit aérien⁷⁹. Seul le texte de 1924 reconnaît l'immunité du transporteur en cas de perte ou dommage par négligence⁸⁰. Les nouvelles règles de 1978 substituent à ces immunités un système unique de responsabilité fondé sur la faute (négligence). La Convention de Varsovie octroyait de comparables immunités qui ont été supprimées en 1955. L'influence maritime a fait place à l'influence aérienne. Les rôles semblent s'être inversés, mais cela est-il vrai pour tous les domaines?

⁷⁷ Article 20 de la nouvelle version de la Convention de Varsovie de 1999.

⁷⁸ Depuis le Protocole de Guatemala, il a été décidé que la faute partagée devait être obligatoirement reconnue. Voir Adeline Briant, *supra* note 7 aux pp. 68-69.

⁷⁹ Article 25.

⁸⁰ Article 4-2 a).

2. Montants

La limitation de responsabilité vise à rationaliser la dette. En effet, l'entrepreneur de transport traite des masses d'opérations de valeur souvent minime. Son souci consiste à mesurer les risques afférents à ses opérations, les prévoir et s'en prémunir. C'est ce que la limitation de responsabilité lui permet d'accomplir⁸¹. Aujourd'hui, il apparaît que les montants plafonnant les responsabilités, aussi bien en droit maritime qu'en droit aérien, sont insuffisants⁸².

Hearn considère que les périls maritimes ont tellement diminué qu'il ne sera maintenant bientôt plus nécessaire, pour les propriétaires de navire, d'adhérer au "starting-point of limited liability" pour préserver leur position financière. Il considère qu'il faudrait songer à abandonner cette limitation ou la rectifier⁸³. D'autres considèrent que les limites du droit maritime sont devenues dérisoires, à cause de l'inflation⁸⁴.

Le montant de la limite de responsabilité du transporteur a été fixé aux articles 22 de la Convention de Varsovie et 4.5 de la Convention de Bruxelles. C'est une question qui fait l'objet de beaucoup de discussions et qui a été régulièrement adressée à chaque révision des Conventions.

⁸¹ Remond-Guilloud, *supra* note 1 à la p. 384.

⁸² Diederiks-Verschoor, *supra* note 53 à la p. 264.

⁸³ G. H. Hearn, « Limitation of Liability of International Carriers » (1967) XIII New York Law Forum aux pp. 522-541.

⁸⁴ Briant, *supra* note 7 à la p. 69.

Toutes proportions gardées, il ressort des textes que la limitation du droit aérien est plus élevée que celle du droit maritime. N'est-ce pas surprenant pour le mode de transport qui se veut le plus sûr de tous? Les risques de dommage supportés par la marchandise sont moins élevés que ceux en matière de transport maritime où le facteur humidité joue un rôle très important; par conséquent la responsabilité du transporteur aérien devrait en être diminuée d'autant, ce qui n'est pas le cas. Malgré cette disproportionnalité, c'est en matière de fixation de la limite de responsabilité que le droit maritime a le plus longtemps influencé le droit aérien et c'est ce que nous allons examiner.

A l'origine, la Convention de Bruxelles exprimait la somme plafonnant la responsabilité du transporteur maritime en livre sterling par colis ou unité, à moins que la valeur des biens soit insérée dans le connaissement, auquel cas celle-ci n'était pas applicable⁸⁵. Le texte reconnaissait que le montant de cette limite est convertible dans les diverses monnaies nationales en se référant à l'or comme indice⁸⁶. Le Protocole de Visby a modifié ces dispositions en adoptant le Franc Poincaré, comme unité de référence, et en admettant un double système pour déterminer la fixation de la limite de la responsabilité du transporteur⁸⁷. La Convention de Varsovie et le droit maritime reconnaissent le même effet à la déclaration spécifique insérée dans le document de transport. Ils autorisent également la conversion des sommes compensatoires dans les différentes monnaies nationales, par le jeu de la clause or. A la différence de la Convention de Bruxelles, le texte de droit aérien fixe sa limitation par rapport au poids de la marchandise transportée.

⁸⁵ Article 4 al.5.

⁸⁶ Article 10.

La solution du Protocole de Visby revient à combiner les deux textes internationaux en offrant un système optionnel qui tend vers la solution la plus équitable pour les deux parties.

La Convention de Varsovie et le Protocole de Visby choisissent le Franc Poincaré comme valeur de référence car à l'époque celui-ci apparaît stable. Malheureusement, il n'est pas sans engendrer des difficultés quant à sa conversion dans les autres monnaies nationales par rapport "à sa valeur or dans cette monnaie au moment du jugement". La crise économique des années 70 a conduit les rédacteurs des Conventions de Varsovie et de Bruxelles à se questionner sur ce que représentait désormais la valeur or. La Cour Suprême néerlandaise a considéré que les limites devaient être converties conformément à la valeur officielle qui est attribuée à l'or et non pas par rapport à celle qui se dégage du marché. La même solution avait été retenue en droit maritime, lors de l'élaboration du projet de la Convention en matière de transport de marchandises par mer. Toutefois, M. Tetley considère que les articles 4(5) et 9 de la Convention de Bruxelles doivent être lus comme faisant référence à la valeur de l'or telle qu'elle est déterminée par le marché au jour où la somme est due⁸⁸. C'est la solution adoptée par la majorité des tribunaux⁸⁹.

Afin de remédier complètement à la crise financière, le Fond Monétaire International a élaboré et adopté, dès 1974, une nouvelle unité de compte: les Droits de Tirages Spéciaux

⁸⁷ La limitation de la responsabilité du transporteur est plafonnée à 10 000 Franc Poincaré par colis ou unité ou à 30 Franc Poincaré par kilogramme de marchandise, article IV al. 5.

⁸⁸ William Tetley, « Package and Kilo Limitations and the Hague, Hague/Visby and the Hamburg Rules and Gold », (1995) 26 J. Mart. L. & Com. à la p.137.

⁸⁹ Matte, *supra* note 28 à la p. 19.

(DTS). Ils sont déterminés par rapport à un panier de valeurs, ce qui leur permet de conserver une certaine stabilité et de suivre les fluctuations de l'économie mondiale. Il faut attendre le Protocole de Montréal numéro 4 ainsi que la Convention de Hambourg⁹⁰ pour les voir appliqués en droit aérien et maritime. Si le recours aux DTS permet de mettre un terme à la divergence d'interprétation quant à la conversion des monnaies, cela ne permet pas de combattre l'inflation.

Un nouveau problème est venu se greffer à la détermination des montants d'indemnisation: celui de la conteneurisation. La délégation anglaise, lors de la conférence pour l'élaboration du Protocole de Montréal numéro 4⁹¹, a fait remarquer que si la limite de responsabilité dépendait du poids, du colis, aucune définition n'était donnée de ce dernier, ce qui conduisait à de nombreux problèmes, dont l'affaire de la locomotive disparue est un excellent exemple⁹². La délégation Qatar a proposé de reprendre la solution adoptée dans le Protocole de Visby: à savoir considérer le conteneur comme un tout ou individualiser les différents colis qu'il contient. La solution n'a pas été adoptée.

Les deux Conventions possèdent les mêmes systèmes monétaire et d'indemnisation. L'indemnisation est calculée en fonction du fret, pour répondre au prix de transport fixé par un tarif au kilo⁹³. Le droit maritime apparaît plus complet que le droit aérien pour

⁹⁰ Ce texte en profite par la même occasion pour augmenter la responsabilité du transporteur.

⁹¹ ICAO, doc 9154-LC/ 174-1 vol 1. 181.

⁹² Dans *Isbrandtsen Co. c. United States*, 201 F.2d 281 (2d Cir. 1953), les juges ont reconnu que la locomotive était une unité de fret à défaut d'être un colis et la responsabilité pour sa perte fut limitée à 500\$. Dans *Stirnemann c. The San Diego*, 148 F.2d 141 (2d Cir. 1945), les 26 pièces d'une grande machine décomposée ont été considérées comme représentant chacune un colis.

⁹³ J.L. Magdelénat, *Air Cargo: Regulation and Claims*, Toronto, Butterworth, 1983 à la p. 101.

convertir la responsabilité en monnaies nationales, car il offre trois méthodes se référant respectivement aux DTS, à la valeur or fixe ou à la valeur de marché. Dans certaines situations, le transporteur peut perdre totalement le bénéfice de la limitation.

3. Clauses limitatives de responsabilité et perte du bénéfice de la limitation

Les clauses limitatives de responsabilité sont interdites dans les deux systèmes⁹⁴ car leur reconnaissance serait un avantage considérable pour le transporteur. Il pourrait porter atteinte à l'équilibre établi entre les droits et responsabilités des parties que les Conventions tentent de protéger. Toutefois, cette interdiction est levée, en droit aérien, lorsque le dommage résulte d'une cause propre à la marchandise⁹⁵, ainsi qu'en droit maritime, comme nous l'avons vu précédemment, s'agissant des causes exonératoires de responsabilité⁹⁶. La Convention de Bruxelles contient une disposition fort discutée: l'article 6. Certains auteurs, tel que M. le Professeur Tetley, estiment que sa lecture *a contrario* autorise le transporteur à se libérer de toute responsabilité sous réserve que les conditions posées par ce texte soient remplies. Il faut qu'il s'agisse d'un transport de biens particuliers, que le transport ne soit pas ordinaire, qu'aucun connaissance n'ait été émis et que les termes du contrat soient contenus dans un document-reçu non négociable spécifié comme tel. La lettre de transport remplit parfaitement ces conditions. Comme le recours à ce document augmente considérablement, il se pourrait que les affréteurs

⁹⁴ La Convention de Varsovie interdit, dans son article 23, l'insertion de clause limitative de responsabilité comme le font la Convention de Bruxelles à l'article 3-8 et la Convention de Hambourg à l'article 23. Toutefois, le texte de 1924 tolère à l'article 5 que le transporteur augmente sa responsabilité à condition que mention soit faite dans le connaissance.

⁹⁵ Article 23 de la Convention de Varsovie.

parviennent à déjouer la limite de responsabilité du transporteur. Le droit aérien ne contient aucune disposition semblable. Le transporteur peut perdre le bénéfice de sa limitation de responsabilité lorsqu'il n'existe pas de document de transport ou que celui-ci est incorrect⁹⁷ ou en cas de faute lourde ou de faute provoquée par le transporteur.

La Convention de Bruxelles impose des conditions très strictes⁹⁸, pour être déchu du droit d'invoquer la limitation de responsabilité. Il faut que le dommage résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur fait avec l'intention de causer le dommage ou commis imprudemment, avec la connaissance qu'il en résulterait probablement un dommage. La rigueur de la disposition révèle le caractère pro-transporteur du texte et son objectif de promouvoir le transport maritime. La modification de l'article 25 de la Convention de Varsovie témoigne de l'influence du droit maritime sur le droit aérien qui a adopté une disposition similaire au texte de l'article 5 e)⁹⁹. Le Protocole de Montréal numéro 4 est venu limiter le champ d'application de cette disposition au transport de passagers et de leurs bagages. Elle ne s'applique pas aux marchandises; mais la nouvelle version de la Convention de Varsovie de 1999 est venue corriger cet oubli. Désormais, la perte de limitation de responsabilité est expressément identifiée dans les deux Conventions de droits maritime et aérien.

⁹⁶ Article 4-2 m) de la Convention de Bruxelles.

⁹⁷ Que va-t-il se passer avec les documents électroniques?

⁹⁸ Article 5 e).

⁹⁹ L'article 25 a été modifié par le Protocole de La Haye. Sa nouvelle version énonce que "La limite de responsabilité (...) ne s'applique pas s'il est prouvé que le dommage résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur ou de ses préposés fait, soit avec l'intention de provoquer le dommage, soit témérairement et avec conscience qu'un dommage résultera probablement....".

En matière de responsabilité, il ressort que l'influence du droit aérien domine par rapport à celle du droit maritime, comme l'illustre la Convention de Hambourg, mais elle n'est pas à sens unique.

Les études comparatives des documents de transport et des régimes de responsabilité des transporteurs ont révélé une influence réciproque entre les deux droits. Le droit maritime continue toujours de servir de base à l'élaboration des règles du droit aérien. Si pendant un certain temps celui-ci était parvenu à s'affranchir de ce dernier, il ressort des nouvelles Conventions (Convention de Varsovie 1999 et Convention de Hambourg) que ces deux systèmes se rapprochent considérablement, ce qui semble être la conséquence d'échecs identiques.

II. DIFFICULTES IDENTIQUES

Le droit maritime, comme le droit aérien, a connu deux vagues de création. Lors de leur découverte, leur utilisation a été cantonnée au territoire national de chaque Etat. Rapidement, les progrès techniques ont modifié les données: les transports ont pris une nouvelle dimension; l'internationalisme a pris le pas sur les mouvements nationaux. Le développement des échanges a augmenté. Il apparaît aujourd'hui que le trafic aérien ne peut plus se limiter aux frontières d'un seul Etat, au risque de perdre tout intérêt, car c'est avant tout un mode de transport très rapide qui permet de franchir de longues distances. L'aviation commerciale joue un rôle très important aujourd'hui. L'évolution des relations et des échanges économiques n'est plus simplement conditionnée par l'eau et la terre mais

également par l'air. Comme pour le droit maritime, en vue de promouvoir son développement et simplifier les relations juridiques, sa réglementation ne devrait pas être fractionnée entre les différents pays survolés pendant le vol, ou entre les différents ports d'escale, car la multiplication des règles applicables à une même situation porte atteinte à la cohérence du droit. Un certain besoin d'unification se fait ressentir non seulement pour répondre aux attentes commerciales mais également pour garantir un minimum de protection aux transporteurs. En vue d'apporter plus de cohésion aux systèmes, plusieurs Conventions ont été élaborées. Leur résultat apparaît incomplet et la prolifération des textes porte atteinte à l'unité recherchée.

Section 1: Différend en matière d'unification

A. Droit maritime

En droit maritime, comme en droit aérien, c'est l'initiative privée qui a conduit à l'élaboration des textes internationaux¹⁰⁰. A l'origine, le droit maritime possédait un caractère national à cause de la codification des usages pratiqués sur une même mer et communs à plusieurs villes. Avec la prolifération des échanges du fait de la globalisation, les transports de marchandises sont devenus presque exclusivement internationaux; ce qui s'est traduit par la multiplication des lois pour résoudre une situation donnée. La mise par écrit des solutions a augmenté leur divergence en accentuant l'opposition entre le

¹⁰⁰ Paul Stephan, « The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law », (1999) 39 Va. J.Int'l L. à la p. 772.

caractère national de la législation et le caractère international de l'exploitation¹⁰¹. Dans ce manque de cohésion, les disputes relatives à la marchandise perdue ou endommagée étaient résolues en se référant au contrat de transport. Toutefois, afin de faciliter les transactions commerciales et garantir une certaine sécurité aux opérateurs dans leurs relations, un besoin s'est fait sentir d'unifier les règles du droit maritime. L'entreprise était délicate, car il fallait respecter les intérêts de toutes les parties. Plusieurs méthodes ont été suivies pour parvenir au meilleur résultat. La première concerne l'adoption volontaire, par les intéressés, de règles uniformes en matière contractuelle¹⁰². Un autre procédé consiste en l'élaboration d'une règle internationale qui régit les affaires de caractère international. L'inconvénient de cette technique réside dans la multiplication des textes applicables à une même situation suivant qu'elle a un caractère international ou pas. Il est difficile d'identifier les éléments permettant de conférer ce caractère à une situation. Peut-être la meilleure solution consiste-t-elle à faire adopter par tous les Etats une loi identique; mais cela suppose l'abdication de la loi nationale devant le texte international¹⁰³. C'est la deuxième méthode qui a été suivie en droit maritime. Elle a conduit à l'élaboration de deux Conventions internationales: la Convention de Bruxelles et la Convention de Hambourg.

¹⁰¹ Rodière et du Pontavice, *supra* note 36 à la p. 23.

¹⁰² Tel a été le cas pour le règlement des avaries communes avec les Règles d'York et d'Anvers ou, en matière de contrats de crédit documentaire, avec les Règles et usances de la Chambre de Commerce Internationale.

¹⁰³ Ce procédé a été suivi en matière de travail maritime.

1. Convention de Bruxelles

Le Comité Maritime International, groupe d'experts maritimes chargé de promouvoir l'unification de ce droit, a été créé en 1896. Il s'est réuni lors d'une conférence en 1922 pour répondre aux problèmes que posait la pratique en matière de contrat de transport de marchandises. Son travail a abouti à la Convention sur l'unification de certaines règles en matière de transports maritimes sous connaissement, dite Convention de Bruxelles. Elle fut signée le 25 août 1924 et entra en vigueur en 1931. Elle tente de réaliser un juste compromis, entre les droits et obligations des transporteurs et destinataires. Toutefois, elle fut mieux accueillie par les expéditeurs que par les armateurs qui se sont opposés au plafond de limitation de la responsabilité du transporteur.

Cette Convention détermine la responsabilité des armateurs en cas de dommage ou perte de la marchandise. Elle comprend des exemptions contractuelles ainsi que 17 moyens de défense pour le transporteur et fixe le plafond de la responsabilité à \$500 par paquet ou unité. Le rôle des Etats-Unis, dans l'adoption de cette Convention, a retardé son entrée en vigueur. Comme en droit aérien, il apparaît que leur influence est très importante. Ils ont finalement incorporé le texte dans leur droit interne (Carriage Of Goods by Sea Act) en 1936 et l'ont ratifié en 1937. COGSA n'a pas transposé fidèlement la Convention de Bruxelles¹⁰⁴. De plus, son application est source de conflit car il régit aussi bien les transports qui arrivent dans un port américain que ceux qui en partent¹⁰⁵. En vue de

¹⁰⁴ Les plafonds de limitation de responsabilité sont différents. Dans le texte américain, la limite est fixée à \$500 (Section 4 [5]) alors que la Convention internationale la limite, dans son article 4-5, à 666,67 DTS ou 2 DTS par kilo.

¹⁰⁵ La Convention de Bruxelles ne s'applique qu'aux transports quittant le port d'un Etat partie à la Convention (article 10).

répondre à l'évolution du monde du commerce, notamment à l'émergence de la conteneurisation et au mécontentement à l'égard du plafond de limitation qui avait été fixé en 1924, le C.M.I. a entrepris de réactualiser la Convention de Bruxelles. Le Protocole de Visby, adopté en 1968, est venu amender le texte. Il conserve les principes de base posés en 1924, augmente la limite de responsabilité à \$663 ou \$2 par kilo de biens perdus ou endommagés, avec le choix pour le plafond le plus élevé. Il clarifie la définition du colis mais refuse de reconnaître au transporteur le droit de limiter sa responsabilité. D'autres révisions plus mineures ont été effectuées afin de rejoindre le texte américain¹⁰⁶. La nouvelle définition du transporteur prend en compte le propriétaire ainsi que l'affrèteur qui passe un contrat de transport avec un expéditeur. Si, cette fois-ci, les expéditeurs étaient plutôt favorables aux rectifications apportées, les transporteurs se sont opposés vigoureusement à la ratification de cet amendement¹⁰⁷.

En 1979, un nouveau Protocole est adopté pour tenir compte des fluctuations monétaires. Il s'agit du Protocole DTS du 21 décembre 1979 entré en vigueur en 1984. Il remplace l'étalon or Poincaré par un système basé sur les droits de tirages spéciaux, tels que calculés par le Fond Monétaire International. Le plafond de la responsabilité est élevé à 667 DTS par colis ou unité ou 2 DTS par kilo.

¹⁰⁶ Samuel Robert Mandelbaum, « Creating Uniform Worldwide Liability Standards for Sea Carriage of Goods Under the Hague, COGSA, Visby and Hamburg Conventions », (1996) 23 Transp. L. J. à la p. 480.

2. Convention de Hambourg

A peu près au même moment où le Protocole de Visby a été adopté, la C.N.U.D.C.I. a entrepris d'examiner les règles en matière de connaissance maritime, à la suite de la réaction des pays en voie de développement. En état de subordination au moment de l'élaboration de la Convention de Bruxelles, ils considéraient que ce texte leur avait été imposé par leurs dominateurs comme instrument d'exploitation économique¹⁰⁸. Cette opinion fut confirmée par l'étude effectuée par la C.N.U.D.C.I. en matière de clauses de connaissance. Elle en conclut que la Convention de 1924 profitait aux pays développés, au détriment des pays chargeurs en voie de développement, par une inéquitable répartition des risques de perte et de dommage¹⁰⁹. La C.N.U.D.C.I. prit le pas sur le C.M.I. et entreprit d'élaborer un nouveau texte visant à remplacer ceux déjà en vigueur. La Convention de Hambourg de 1978 essaie de concilier la divergence d'intérêts entre les transporteurs et les destinataires de marchandises ainsi qu'entre les pays de droit maritime traditionnel et le monde en plein essor¹¹⁰. Son élaboration se démarque de celle de la Convention de Bruxelles en ce qu'elle est le produit de négociations entre les représentants du commerce international défendant autant les intérêts économiques que commerciaux. Ce nouveau texte continue d'augmenter la limite de responsabilité du

¹⁰⁷ Voir Mandelbaum, *supra* note 106 à la p. 481. C'est ce qui explique qu'aujourd'hui que les Etats-Unis n'ont toujours pas adopté la version amendée de la Convention de Bruxelles.

¹⁰⁸ James Donovan, «The Existing Problems Under the Hague Rules and the Need for Changes in the United States Legislation» dans *The speakers' papers for the Bill of lading Conventions Conference*, New York, Lloyd's of London Press, 1978 à la p. 2.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ "The UNCITRAL dealt with all of these problems in terms of 'economic warfare' between cargo and carrier, and between 'traditional maritime nations' and 'the developing world'." Voir Mandelbaum, *supra* note 106 à la p. 482.

transporteur. Son champ d'application est plus étendu que celui du texte de 1924¹¹¹. Ses dispositions sont plus détaillées en matière de document de transport¹¹². Les affréteurs et les assureurs ne l'ont pas bien accueilli. Certains considèrent que c'est plus un compromis politique qui ne reflète donc pas l'évolution commerciale du droit maritime¹¹³. Il faut remarquer que la majorité des puissances commerciale et maritime n'ont pas adopté le texte de 1978 et il n'est pas certains qu'elles le fassent¹¹⁴.

B. Droit aérien

Dès que les caractéristiques commerciales du droit aérien ont été identifiées, la voie de l'air est devenue le nouveau champ d'activité des transporteurs. Les législations nationales influentes des années 1920 ne réglaient pas les problèmes des risques en cas de dommages subis par la marchandise. Par conséquent, les transporteurs ont dû faire face aux incidents contre lesquels ils n'étaient pas protégés. De telles difficultés ont été accrues par la prolifération des échanges et l'inégalité des progrès techniques en matière aérienne. Mais, avec pour exemple, l'explosion de l'essor du droit maritime à la fin du siècle précédent, les opérateurs aériens ont rapidement mis un terme à leur insécurité en parvenant à obtenir l'élaboration de textes internationaux.

¹¹¹ Voir l'article 4 de la Convention de Hambourg et la question de la navigabilité. Robert Force, « A Comparison of the Hague, Hague Visby, and the Hamburg Rules: Much Ado About (?) » (1996) 70 Tul. L. Rev. 2051.

¹¹² Articles 15 et 16, *supra* note 111 aux pp. 2081-2082.

¹¹³ Article 4, *supra* note 111 à la p. 2087.

1. Convention de Varsovie

Dès 1922, ils ont été représentés par différents groupes qui, ensemble, ont travaillé pour essayer de dégager des règles uniformes en droit aérien. La France a tenu une conférence, en 1925, qui mena à la création du Comité international technique d'experts juridiques aériens (le C.I.T.E.J.A.) qui reçut, pour première mission, d'élaborer un projet de Convention sur la responsabilité du transporteur aérien. Le texte a été signé le 12 octobre 1929 à Varsovie et entra en vigueur le 13 février 1933. Ses objectifs principaux sont la réglementation des titres de transport aérien et la responsabilité du transporteur aérien. Les Etats-Unis l'ont ratifié en 1934, alors qu'ils n'ont jamais ratifié la Convention de Bruxelles qui porte sur le connaissance maritime. Comme la Convention de Varsovie a été adoptée durant les premières années de l'aviation, son contenu a rapidement vieilli. Un projet de révision a été présenté par l'organisme qui prit la suite du C.I.T.E.J.A., l'O.A.C.I. Le Protocole de La Haye a été adopté en 1955 et entra en vigueur le 1 août 1963. Depuis, la Convention de Varsovie ne cesse de faire l'objet de nouvelles modifications afin de suivre l'évolution du droit aérien en matière de documents de transport et de limite de responsabilité.

2. Amendements

Les Etats-Unis jouent un rôle très important dans l'élaboration du droit international aérien. Leur opposition au Protocole de La Haye a conduit à poursuivre les négociations et adopter un nouveau texte: l'accord de Montréal de 1966 qui relève le plafond de la responsabilité. Suite à cet épisode, où la fragilité de la Convention de Varsovie est

¹¹⁴ *Ibid.* à la p. 2053.

apparue, puisque les nouveaux textes n'obligent que les Etats qui les ont ratifiés, le Protocole de Guatemala a été adopté en 1971 pour introduire la notion de responsabilité objective à l'égard des passagers. À l'égard du transport des marchandises, c'est le Protocole de Montréal numéro 4 de 1975 qui vient réactualiser ses dispositions en fixant de nouveaux plafonds et en modifiant les conditions de mise en œuvre et d'exonération de responsabilité du transporteur. Il est entré en vigueur le 14 juin 1998. L'O.A.C.I. a tenu, en mai dernier, une nouvelle conférence qui vient simplifier et clarifier le système varsovien composé de tous les textes élaborés de 1929 à 1975. Il faudra toutefois attendre que trente Etats ratifient le document pour que ses effets unificateurs puissent être appréciés¹¹⁵.

Il ressort de cette multiplication de textes que l'évolution des pratiques commerciales en matière de transport de marchandise par mer ou par air ainsi que l'importance des progrès techniques qui sont réalisés rendent toute tentative d'unification vouée à l'échec. En effet, les textes ne peuvent répondre à tous les problèmes qui apparaissent au fil du temps. Parfois même, certaine situation oblige, lors de l'adoption d'une Convention, de rester silencieux sur un point afin d'éviter de mettre en péril son entrée en vigueur. Si, en droit maritime et aérien, la nécessité d'unifier les règles au niveau international s'est fait ressentir et a été acceptée, le choix et le contenu des instruments, pour y parvenir, ne fait pas l'unanimité. La profusion des textes n'est pas la seule à porter atteinte à l'unification. Les lacunes des Conventions, aussi, y contribuent également.

¹¹⁵ Article 53 du texte de 1999.

Section 2: Atteinte à l'unification

Afin de suivre l'évolution des techniques et des pratiques utilisées en matière de transport, les Conventions en droit maritime et aérien ont été constamment rectifiées. L'inconvénient de l'élaboration des textes, qui est de figer le droit, a été surmonté mais au prix de leur cohérence. En droit maritime comme en droit aérien il n'existe plus une Convention mais un système de Conventions identifiant chacune un régime de responsabilité différent. L'unification recherchée se trouve remise en cause par le désir de répondre aux besoins actuels. Quatre régimes régissent la responsabilité du transporteur maritime: celui de la Convention de Bruxelles de 1924, celui du texte de 1924 tel que modifié par le Protocole de Visby de 1968, celui du texte résultant de l'amendement de 1979 et celui de la Convention de Hambourg de 1978. A ces instruments internationaux s'ajoutent les divers régimes relatifs à la limitation par colis ou kilo¹¹⁶ ainsi que les divers régimes nationaux¹¹⁷. Si l'un des buts de la Convention de Bruxelles de 1924 était l'unification, l'un des effets indésirables de la Convention de Hambourg est de conduire à un plus grand manque d'uniformité¹¹⁸. La situation se retrouve en droit aérien à travers le système varsovien qui regroupe l'ensemble des textes qui modifient la Convention initiale. A cette panoplie de règles maritime et aérienne, il faut ajouter les textes plus généraux internationaux qui s'appliquent à défaut de stipulation contraire, comme la Convention de Rome de 1980, dans l'Union Européenne, qui unifie les règles en matière contractuelle, ou la Convention de Vienne en matière de vente de marchandises ou encore la Convention multimodale.

¹¹⁶ Le professeur Tetley en dénombre (au mois) neuf. Voir supra note 88 à la p. 133.

¹¹⁷ Comme celui des Etats-Unis avec la COGSA qui s'inspire de la Convention de Bruxelles de 1924 mais qui n'en est pas la parfaite transposition.

L'objectif des textes est également affaibli par leurs divergences et leurs lacunes qui laissent place aux interprétations nationales. N'est-il pas temps de surmonter ces difficultés avant qu'elles ne se compliquent avec les nouvelles relations que le commerce électronique est en train de développer? La Convention de Hambourg, comme la nouvelle version de la Convention de Varsovie¹¹⁹, tient compte de ce problème¹²⁰. Ce sont ces échecs communs que nous allons examiner.

A. Affaiblissement de l'unification à la suite de leurs divergences

1. Droit aérien

En droit aérien, la Convention de Varsovie a été transposée en droit interne. Il revient donc aux juges nationaux de l'interpréter; ce qui est source de divergences car ils n'appartiennent pas au même système de droit et défendent les intérêts de leur pays. Les nombreux Protocoles réactualisant le texte de 1929 l'ont affaibli en voulant le corriger ponctuellement car les modifications n'ont pas été adoptées par toutes les Parties, ce qui a

¹¹⁸ Article 4, *supra* note 111 à la p. 2054.

¹¹⁹ La Convention de Varsovie dans sa nouvelle version de 1999 reconnaît l'échec des textes en mettant à bas le système antérieur dans son article 55 intitulé: Relation avec les autres instruments de la Convention de Varsovie qui énonce: "La présente Convention l'emporte sur toutes les règles s'appliquant au transport international par voie aérienne:

1) entre Etats parties à la présente Convention du fait que ces Etats sont communément parties aux instruments suivants:

- a) [...] Convention de Varsovie
- b) [...] Protocole de La Haye
- c) [...] Convention de Guadalajara
- d) [...] Protocole de Guatemala
- e) [...] les Protocoles de Montréal

2) dans le territoire de tout Etat partie à la présente Convention du fait que cet Etat est partie à un ou plusieurs des instruments mentionnés aux alinéas a) à e) ci-dessus."

Toutefois, l'atteinte portée à l'uniformité est limitative car il faut que la Convention s'applique pour que les divers régimes existant soient évincés. De plus l'emploi du terme "emporte" ne signifie pas qu'elle remplace les précédents instruments qui sont toujours en vigueur. N'aurait-il pas mieux fallu que la Convention dénonce le système en place, comme l'a fait la Convention de Hambourg?

¹²⁰ L'article 3 de la Convention de Hambourg contient des dispositions relatives à son interprétation.

conduit à la mise en place de régimes différents. Le Protocole de La Haye de 1955 a admis les dommages pour frais d'instance¹²¹, a redéfini certains termes¹²² et a rendu la Convention applicable à l'égard des préposés du transporteur. En matière de titre de transport, il a facilité l'établissement des documents et restreint le nombre de cas où l'omission de certaines mentions sur le document était sanctionnée par une responsabilité illimitée du transporteur. Il augmente la limite de responsabilité du transporteur, mais qu'à l'égard des passagers, et permet aux tribunaux d'allouer une somme additionnelle pour les dépenses et frais de procès. Le silence de la Convention de Varsovie en matière de dommages résultant de la nature du vice propre des marchandises transportées a été comblé dans le nouvel article 23.

La Convention de Guadalajara de 1961 a résolu la question du transporteur de fait en le considérant comme soumis aux règles de la Convention et a rajouté une cinquième juridiction à l'article 28. Le demandeur possède désormais le choix entre six tribunaux¹²³. Elle constitue plus un deuxième amendement à la Convention de Varsovie, même si elle n'est qu'un "complément" pour des raisons politiques et techniques¹²⁴.

L'accord de Montréal a été passé à la suite de la dénonciation de la Convention de Varsovie par les Etats-Unis, à cause de la limite trop basse qu'elle reconnaissait pour la responsabilité des transporteurs. Les Etats-Unis avaient, pour cette raison, refusé de signer

¹²¹ Article 22.

¹²² Article I.

¹²³ Le tribunal du domicile du transporteur, du siège principal de son exploitation, du lieu où il possède un établissement par le soin duquel le contrat a été conclu, le tribunal du lieu de destination, celui du domicile du transporteur de fait ou du siège principal de son exploitation.

le Protocole de La Haye. Cet accord est un contrat entre les transporteurs et passagers dont les tickets ont, comme point de départ ou d'arrivée ou une escale, le territoire américain.

La Convention de Varsovie a également été affaiblie par l'accord intérimaire entre diverses compagnies de transport aérien international mais qui a permis de retirer l'avis de dénonciation de la Convention donné par les Etats-Unis. Toutefois le fait que l'Accord de Montréal existe entre des compagnies et non des Etats porte implicitement atteinte au prestige de la Convention.

Le Protocole de Guatemala du 8 mars 1971 fait suite à l'Accord de Montréal en modifiant de façon conséquente la philosophie protectrice de la Convention de Varsovie. Il introduit la notion de responsabilité objective. Il n'est plus nécessaire de prouver une faute de la part du transporteur mais la faute présumée est toujours en vigueur dans le transport de marchandises. Le plafond de responsabilité est modifié à la hausse. Le Protocole ne traite que du transport de passagers. Mais une fois les principes de Guatemala adaptés en pratique, ils ont été réclamés pour les marchandises car leur trafic se développe plus rapidement que celui du transport des passagers. C'est le quatrième Protocole de Montréal qui aligne plus ou moins le régime des marchandises sur celui des bagages, modifié par le Protocole de Guatemala¹²⁵. Il révisé la Convention de Varsovie dans ses dispositions

¹²⁴ Article 2-1 à 6, *supra* note 28 à la p. 379.

¹²⁵ Le Protocole de Guatemala a dissocié les marchandises des bagages qu'il soumet au même régime de responsabilité objective que celui institué pour les passagers et fixe une limite de 15.000 francs Poincaré alors que les marchandises sont toujours soumises à la limite de 250 francs Poincaré par kilo avec des exceptions. Cette situation apparaît insatisfaisante car le trafic de marchandises, très important, est régi

relatives au transport de fret, quant au document de transport et au régime de responsabilité. A côté de la lettre de transport aérien, il est possible d'émettre un document de transport automatisé¹²⁶. Cette innovation a été nécessaire à cause de l'importance qu'ont pris les ordinateurs. Ils ont permis de simplifier et faciliter la conservation de données ainsi que le traitement des marchandises. Le récépissé n'a ni à être établi en trois exemplaires ni à être signé car c'est un document qui renvoie aux informations enregistrées, à la différence de la lettre de transport¹²⁷. L'absence des mentions obligatoires prévues à l'article 8 n'affecte plus l'existence du contrat de transport qui reste soumis aux dispositions de la Convention, sans sanction pour le transporteur¹²⁸. Le Protocole de Montréal numéro 4 a aussi apporté une modification considérable en matière de responsabilité, afin de suivre la tendance de l'époque qui était de faciliter l'action des victimes, par un système de responsabilité objective, tout en protégeant le transporteur par une responsabilité limitée. Il a également clarifié la situation des envois postaux¹²⁹.

La traduction de la Convention de Varsovie, comme celles des instruments de droit maritime, est également source de discordance car le texte français, qui est la version

par un régime laxiste, ce qui prête à confusion. Par souci de compréhension et par esprit d'unité, il a semblé souhaitable de ne plus avoir deux régimes différents dans un même corps de loi d'où le Protocole de Montréal numéro 4. Voir Gerald F. FitzGerald, « The Warsaw Convention as Amended by the Montreal Conference on International Air Law (1975) » (1976) 1 Ann. A. S. L. à la p. 49.

¹²⁶ Article 5.

¹²⁷ L'article 6 énonce que la lettre de transport doit être émise en trois exemplaires et être signée par les deux parties.

¹²⁸ Article 9.

¹²⁹ Nous examinerons plus en détails cette question ultérieurement.

originale, n'a pas été traduit de façon identique en anglais¹³⁰. La Convention de Varsovie se retrouve être à plusieurs vitesses. N'aurait-il pas mieux fallu réécrire le texte afin de le simplifier et clarifier la situation du passager et des marchandises¹³¹, comme c'est le cas en droit maritime¹³²?

2. Droit maritime

Des questions similaires à celles qui viennent d'être abordées en droit aérien se retrouvent en droit maritime.

L'application de la Convention de Bruxelles engendre les mêmes difficultés que celles relatives au système varsovien. La réception du texte dans les ordres internes accentue l'atteinte portée à l'uniformisation du régime maritime¹³³. Le connaissement, qui est le contrat de transport le plus utilisé, relève de diverses versions de la Convention à la fois. Bien que ces textes cherchent tous à accomplir l'uniformité du droit maritime au niveau international, leur multiplicité y porte atteinte. Leur étude révèle que leurs contenus divergent fortement¹³⁴. Examinons leurs différences les plus significatives.

¹³⁰ Le texte français utilise le mot "ou" entre une série d'éléments à inscrire sur le contrat de transport de marchandises alors que le texte anglais l'a traduit par "and" ce qui ne suppose plus un choix entre les éléments.

¹³¹ Il a été majoritairement reconnu, lors des conférences, qu'il ne fallait pas abandonner une Convention acceptée et suivie pendant longtemps par un très grand nombre d'Etats, connue par les tribunaux des différents pays membres, qui est parvenue à dégager une certaine uniformité internationale et qui laisserait un vide dangereux si elle était abolie. Voir Matte, *supra* note 28 à la p. 446.

¹³² C'est la méthode qui a été suivie pour élaborer la nouvelle Convention de Varsovie de mai 1999.

¹³³ Le texte américain, COGSA, est un exemple de divergence de transposition de la Convention de Bruxelles dans les droits nationaux.

¹³⁴ L'article 56, relatif à la pluralité de régimes au sein d'un même Etat, nuit à l'uniformité en admettant la multiplicité de régimes.

La Convention de Bruxelles a été amendée en 1968 par le Protocole de Visby. Elle devient plus favorable aux expéditeurs. La limite de responsabilité du transporteur est accrue¹³⁵, tout comme le délai pour intenter une action¹³⁶. Le Protocole de Visby est toutefois moins avantageux lorsque la limite en or s'applique¹³⁷, en matière de transport sur le pont et de déviation¹³⁸. La nouvelle Convention élaborée dix ans après, la Convention de Hambourg, poursuit dans cette voie en effectuant une distinction entre le transporteur actuel et le transporteur contractuel¹³⁹, en augmentant le plafond de la responsabilité¹⁴⁰ ou encore en insérant des règles spécifiques en matière de conflits de juridictions¹⁴¹ et d'arbitrage¹⁴² pour la première fois dans une Convention de droit maritime. Le texte de 1978 est toutefois plus sévère que le Protocole de Visby en matière de transport sur le pont¹⁴³, ainsi qu'en matière d'incendie¹⁴⁴, et plus rigoureux que la Convention de 1924 en matière de limites infranchissables¹⁴⁵ et de dommages pour retard et autres¹⁴⁶.

Aux divergences s'ajoute parfois la faculté d'émettre des réserves. La Convention de Hambourg les interdit à son article 29, tout comme le Protocole de La Haye en droit aérien¹⁴⁷. Le Protocole de Guatemala en admet une liste exhaustive¹⁴⁸ afin d'éviter qu'il ne soit porté atteinte aux dispositions les plus essentielles du texte. Il en va de même pour le

¹³⁵ Article 4-5-b.

¹³⁶ Article 3-6.

¹³⁷ 100 Livres Sterling équivalaient à \$ 8486 américains. Article 4-5b.

¹³⁸ Articles 4-5 et 4 bis 4.

¹³⁹ Articles 1(1), 1(2) et 10(4).

¹⁴⁰ Articles 6(1)a et 26.

¹⁴¹ Article 21.

¹⁴² Article 22.

¹⁴³ Articles 9 et 15-1m.

¹⁴⁴ Article 5-4.

¹⁴⁵ Article 8.

¹⁴⁶ Articles 5-2 et 6-1b.

Protocole de Montréal numéro 4¹⁴⁹ et de la Convention de Varsovie dans son Protocole additionnel. La nouvelle version de la Convention de Varsovie de 1999 pose le principe de l'interdiction des réserves, tout en y admettant deux exceptions à son article 57.

L'unification des Conventions est également affectée par les lacunes des textes qui cèdent la place aux législations et interprétations nationales.

B. Lacunes des Conventions

Il arrive que les lacunes des Conventions soient volontaires, afin que le texte soit largement adopté par les Etats. Tel n'a pas été le cas du droit maritime et aérien. Les nombreuses révisions révèlent le désir de combler les silences des textes mis en avant par la pratique, et qui représentent des situations auxquelles les auteurs n'avaient pas pensé lors de leur élaboration. Avant de pouvoir identifier les incorrections des textes, il faut d'abord déterminer ce qu'ils entendent régir.

1. Champ d'application des Conventions

a. Droit aérien et type de transport

Comme de nombreux auteurs le rappellent¹⁵⁰, le titre complet de la Convention de Varsovie déclare que celle-ci ne concerne QUE l'unification de certaines règles relatives aux documents de transport ainsi qu'à la responsabilité du transporteur. Les domaines non

¹⁴⁷ Article 26.

¹⁴⁸ Article 23.

¹⁴⁹ Article 21.

¹⁵⁰ Michael Milde, « Conflicts of Laws in the Law of the Air » (1965) 11 R.D. McGill à la p. 242; L.M. Bentivoglio, « Conflicts Problems in Air Law » (1966) III 119 Rec. des Cours à la p. 128; H. Sand, *Choice*

couverts par la Convention relèvent des principes généraux des conflits de lois¹⁵¹, qui font place à l'application des lois nationales. La Convention limite elle-même son champ d'application, à l'article 1¹⁵², aux transports internationaux soumis à certaines conditions. Le texte ne régit donc pas les transports suivants: ceux qui sont effectués sans retour entre deux Etats non parties à la Convention ou entre une partie et un Etat non partie car ils leur manquent le caractère international ou encore celui dont le point de départ et de destination ne sont pas sur un Etat partie même s'il réalise une escale sur un Etat partie. L'alinéa 2 de l'article 1 déclare la Convention non applicable au cabotage et transport domestique, c'est-à-dire réalisé sur le territoire d'un Etat partie à la Convention ou sur deux territoires relevant de l'autorité du même Etat partie¹⁵³. Elle exclut expressément de son champ d'application les transports effectués dans des circonstances extraordinaires¹⁵⁴,

of Law in Contracts of International Carriage by Air, thèse de maîtrise en droit, Université McGill, 1962, Montréal à la p. 8 [non publiée].

¹⁵¹ F. de Visscher, « Les conflits de lois en matière de droit aérien » (1934) II 48 Rec. des Cours à la p. 327.

¹⁵² "1. La présente Convention s'applique à tout transport international de personnes, bagages ou marchandises, effectué par aéronef contre rémunération. Elle s'applique également aux transports gratuits effectués par aéronef par une entreprise de transport aérien.

2. Au sens de la présente Convention, l'expression *transport international* s'entend de tout transport dans lequel, d'après les stipulations des parties, le point de départ et le point de destination, qu'il y ait ou non interruption de transport ou transbordement, sont situés soit sur le territoire de deux Etats parties, soit sur le territoire d'un seul Etat partie si une escale est prévue sur le territoire d'un autre Etat, même si cet Etat n'est pas un Etat partie. Le transport sans une telle escale entre deux points du territoire d'un seul Etat partie n'est pas considéré comme international au sens de la présente Convention.

3. Le transport à exécuter par plusieurs transporteurs successifs est censé constituer, pour l'application de la présente Convention, un transport unique lorsqu'il a été envisagé par les parties comme une seule opération, qu'il ait été conclu sous la forme d'un seul contrat ou d'une série de contrats, et il ne perd pas son caractère international par le fait qu'un seul contrat ou une série de contrats doivent être exécutés intégralement dans le territoire d'un même Etat. La révision de la Convention de Varsovie de 1999 a précisé que la Présente Convention s'applique aussi aux transports visés au chapitre V, sous réserve des dispositions dudit chapitre (celui-ci est relatif au transport aérien effectué par une personne autre que le transporteur contractuel).

¹⁵³ La modification verbale apportée par le Protocole de La Haye de 1955 ne contredit pas ce qui vient d'être énoncé.

¹⁵⁴ Articles 34.

gratuitement par une personne qui n'est pas une entreprise aérienne de transport¹⁵⁵, les transports réalisés par un Etat qui a émis une réserve quant à l'application de l'article 2¹⁵⁶, ainsi que les transports réalisés sous l'empire de Conventions postales internationales. Enfin, il faut se rappeler que les dispositions relatives à la responsabilité ne s'appliquent que pour les marchandises détruites, perdues, ou avariées lors du transport aérien¹⁵⁷.

b. Droit maritime et document de transport

Le système maritime circonscrit son champ d'application par rapport au document de transport. Comme en droit aérien, son titre exacte pose ses limites. La Convention de Bruxelles porte sur *l'unification de certaines règles en matière de transports maritimes sous connaissance*.

L'article 1b) du texte déclare qu'il ne s'applique qu'au contrat de transport constaté par un connaissance ou tout autre document similaire formant titre¹⁵⁸. Le doute qui aurait pu exister à l'égard des documents non-négociables, qui deviennent de plus en plus courant et que le commerce électronique tend à généraliser, a été levé par la Convention de Hambourg¹⁵⁹ qui s'applique au contrat de transport sans distinction suivant qu'un titre a été émis ou pas¹⁶⁰. L'internationalité du transport est aussi scrupuleusement définie qu'en

¹⁵⁵ Article 1 al.1 *a contrario*.

¹⁵⁶ Protocole Additionnel à la Convention de Varsovie inséré après l'article 41.

¹⁵⁷ Article 18 al. 2.

¹⁵⁸ Comme nous l'avons vu précédemment elle s'applique à la lettre de transport ainsi qu'aux documents électroniques.

¹⁵⁹ Article 2-1.

¹⁶⁰ Honnold, *supra* note 55 aux pp. 83-84.

Tetley considère également que la Convention de Bruxelles s'applique à la lettre de transport, à moins que l'expédition soit extraordinaire, effectuée dans une opération non commerciale. Voir Tetley, *supra* note 47 au chapitre 45.

droit aérien¹⁶¹. S'agissant des chartes parties, la Convention de 1924, comme le texte de Hambourg¹⁶², est inapplicable à moins que la situation ne soit couverte par un connaissance.

Deux corrections ont été apportées par la Convention de Hambourg en matière de contenu de la cargaison transportée et son emplacement sur le navire. Alors que le texte de 1924 ne s'appliquait pas aux transports d'animaux ni à la marchandise transportée sur le pont, le nouveau régime de la Convention de Hambourg leur est applicable¹⁶³. Le texte de 1978 étend également la période de responsabilité.

A la différence des divergences du droit aérien, le droit maritime a dû surmonter une difficulté supplémentaire s'agissant de la valeur des textes en eux-mêmes. A cause de l'article 10 de la Convention de Bruxelles, certains tribunaux ont considéré que le texte international n'avait pas de force obligatoire et que les parties pouvaient choisir la loi applicable à leur contrat, à défaut de clause paramount¹⁶⁴. Cette position a été vivement contestée et, désormais, il n'est plus nécessaire d'intégrer une telle clause pour conférer au texte international force obligatoire.

Les divergences de champ d'application des Conventions qui possèdent pourtant un objectif similaire, nuisent à la réalisation de l'objectif final d'unification car les parties

¹⁶¹ Article 10 de la Convention de Bruxelles et article 2 de la Convention de Hambourg.

¹⁶² Article 2.

¹⁶³ Article 1-5 et article 9 de la Convention de Hambourg, article 1c) de la Convention de Bruxelles.

¹⁶⁴ *Vita Food Products Inc. c. Unus Shipping Co. Ltd.* [1939] A.C. 277, (1939), L.L. Rep. 21.

peuvent choisir un texte afin de contourner les effets d'un autre. Un effet similaire résulte des lacunes des textes.

2. Lacunes des Conventions

La Convention de Varsovie reste sciemment silencieuse sur certaines questions et ne fournit pas une solution à tous les problèmes qui se posent en pratique¹⁶⁵. Les règles nationales prennent alors le relais; ce qui a pour effet de porter atteinte à l'unification du droit aérien et qui alimente les conflits de juridictions. Les mêmes difficultés se retrouvent en droit maritime. Il est toutefois très important de distinguer les cas d'interprétation de la Convention des situations qui ne sont pas régies par celle-ci. Seules les dernières posent un réel problème de conflit de lois car les règles d'interprétation font partie de la procédure.

a. Interprétation

La Convention de Varsovie écarte toute difficulté, à l'article 28 alinéa 2, en affirmant que "La procédure sera réglée par la loi du tribunal saisi."¹⁶⁶. L'article 3 de la Convention de

¹⁶⁵ "En réalité, comme l'indique son titre officiel lui-même, la Convention s'est bornée à régler certains points particulièrement urgents; d'autre part, dans les matières mêmes qu'elle traite, elle s'est gardée d'aborder certains problèmes de fond, où la méthode des conflits de lois conserve par conséquent tous ses droits." Voir De Visscher, *supra* note 151.

¹⁶⁶ M. Bogdan ne semble pas partager cet avis. D'après cet auteur, toutes les questions non régies par la Convention de Varsovie devraient relever de la théorie des conflits de lois du tribunal saisi. Voir Michael Bogdan, « Conflict of Laws in Air Crash Cases: Remarks from a European's Perspective » (1988) 54 J. of Air L. aux pp. 325-326. R.H. Mankiewicz considère que toutes les questions qui ne sont pas spécifiquement adressées dans la Convention mais qui relèvent de son champ d'application doivent être réglées d'après la *lex fori*. Ne pouvons nous pas en conclure a contrario que toutes les autres situations qui ne rentrent pas dans le domaine de la Convention sont régies par les règles de droit international privé du for? Voir R.H. Mankiewicz, *The Liability Regime of the International Air Carrier*, Antwerp, Kluwer, 1981, à la p. 3.

Hambourg relatif à l'interprétation du texte est trop générale pour être satisfaisant¹⁶⁷.

L'approche à prendre en considération pour apprécier le texte repose sur une méthode trop générale et non technique dont le résultat équivaut au silence de la Convention de Bruxelles quant à l'application de ses dispositions.

L'article 33 de la Convention de Varsovie¹⁶⁸, relatif à la liberté de contracter, est intéressant car il peut être interprété de façon à ce que le transporteur se voie refuser le droit de conclure un contrat de transport au regard d'une loi nationale¹⁶⁹. Une lecture plus poussée peut conduire à reconnaître que cette même loi nationale peut lui imposer des restrictions lorsqu'il établira ses propres règlements¹⁷⁰. La loi applicable sera déterminée en fonction de la théorie des conflits de lois. Les Conventions maritimes ne comportent pas de dispositions similaires.

¹⁶⁷ Article 3: "Dans l'interprétation et l'application de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité d'en promouvoir l'uniformité."

¹⁶⁸ Cet article est renuméroté dans la nouvelle Convention de Varsovie de 1999. Il devient l'article 27 intitulé liberté de contracter. Il est contenu dans le chapitre II relatif aux "Documents et obligations des Parties relatifs au transport des passagers, des bagages et des marchandises". Il figurait avant dans les dispositions générales et finales du Chapitre V. Une légère modification a été apportée à son texte: il faut lire "Rien dans la présente Convention ne peut empêcher un transporteur de refuser la conclusion d'un contrat de transport ou d'établir des conditions (à la place de: formuler des règlements) qui ne sont pas en contradiction avec les dispositions de la présente Convention."

¹⁶⁹ L.B. Goldhirsch, *The Warsaw Convention Annotated*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988 à la p. 175. "For example, in England, the Race Relation Act, Section, 20, prohibits discrimination on racial grounds. The U.S. Federal Aviation Act prohibits discrimination in air travel in all respects, not merely racial grounds."

¹⁷⁰ P.P.C. Haanappel, « The IATA Conditions of Contract and Carriage for Passengers and Baggage » (1974) 9 Eur. Transp. L. à la p. 658.

b. Silence

• Existence et validité du contrat de transport

La Convention aérienne ne contient aucune règle relative à l'existence et la validité du contrat de transport¹⁷¹. Si elle mentionne son exécution, elle reste silencieuse quant à l'exécution fautive, la non-exécution ainsi qu'à sa résiliation¹⁷². Il en va de même en droit maritime. Ces lacunes sont moins gênantes aujourd'hui car de nombreuses Conventions relatives aux marchandises viennent indirectement les combler. La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles joue un rôle très important en dépit de son caractère communautaire.

• Transport postal

La Convention de Varsovie connaît une lacune importante. Elle ne s'applique pas au transport postal qui pourtant est très important; ce qui nuit à son dessein d'uniformité.

L'article 2 al.2 de la Convention de Varsovie exclut de son champ d'application les envois faits dans le cadre d'une Convention postale car elle comporte généralement sa propre limitation monétaire en cas de pertes de la cargaison¹⁷³. Le système varsovien ne précisait rien à propos des dommages causés au courrier qui ne relève pas d'un texte spécifique.

Par conséquent, leur était-il applicable? Le Protocole de La Haye de 1955 a répondu par la

¹⁷¹ Milde, *supra* note 150.

¹⁷² R.H. Mankiewicz déclare: "Indeed, damage caused by non-execution or faulty performance of the contract is different, and may not result from death, wounding or other bodily injury of passenger (art.17), from destruction or loss of, or damage to, any registered baggage or cargo (art.18) or from delay (art.19), for which the Convention provides exclusive coverage... Moreover, the former may have caused by an event or act that occurred or was committed outside the time periods prescribed by Articles 17 and 18 (2). Recovery for it is clearly outside the scope of the Convention. On the other side such damage is in fact identical with damage contemplated in Articles 17 to 19, its recovery is subject to the conditions and limits of the Convention by virtue of Article 24 (1).". Voir Bogdan, *supra* note 166 à la p. 14.

¹⁷³ Voir la Convention de Lausanne de 1976.

négligence, en précisant que les courriers et les colis postaux ne sont pas soumis à la Convention. L'intention des auteurs était d'exclure du champ d'application de la Convention tous transports postaux y compris ceux qui ne relèvent pas d'une Convention postale¹⁷⁴. Cette précision terminologique¹⁷⁵ n'a pas été satisfaisante du fait de la complexité du régime aérien. En effet, la question conservait toute sa substance si l'un des Etats n'était pas partie au Protocole. Le Protocole de Montréal clarifie la situation en supprimant l'exception postale. La Convention ne s'applique pas "au transport d'envois postaux"¹⁷⁶. L'alinéa 2 de l'article 2¹⁷⁷ établit clairement que l'expéditeur d'un courrier-lettre ou colis n'a aucun recours contre le transporteur car ce dernier n'est en contact qu'avec l'administration postale à l'égard de laquelle il est uniquement tenu responsable. L'alinéa 3 qui affirme l'exclusion de la Convention aux transports des envois postaux n'est là que pour confirmer et appuyer les dispositions précédentes¹⁷⁸.

● Conflit de juridictions

Alors que la Convention de Varsovie, dès 1929, consacre un article à la compétence des juridictions¹⁷⁹ et admet les clauses compromissoires pour les transports de marchandises¹⁸⁰, la Convention de Bruxelles est muette à ce sujet. Il faut attendre la

¹⁷⁴ Goldhirsch, *supra* note 169 à la p. 18.

¹⁷⁵ L'article 2 al.2 énonce: "La présente Convention ne s'applique pas au transport du courrier et des colis postaux."

¹⁷⁶ Article 2 al.3. Ce texte se retrouve dans la nouvelle Convention de Varsovie de 1999.

¹⁷⁷ L'article 2 al.2 précise que: " Dans le transport des envois postaux, le transporteur n'est responsable qu'envers l'administration postale compétente, conformément aux règles applicables dans les rapports entre les transporteurs et les administrations postales."

¹⁷⁸ Matte, *supra* note 28 à la p. 494.

¹⁷⁹ Article 28.

¹⁸⁰ Article 32.

Convention de Hambourg pour que la question soit réglée en droit maritime au niveau international¹⁸¹.

L'unification du droit international à travers les Conventions n'est pas seulement affaiblie par la multiplication des textes mais également par leurs lacunes et leurs divergences. Dès que les législations nationales parviennent à s'appliquer, elles ouvrent la voie aux interprétations multiples dont les acteurs de la vie commerciale sont très friands car cela leur permet de choisir le système le plus favorable à leurs intérêts. Les textes internationaux perdent alors leur caractère de norme nationale et se retrouvent assimilés aux lois nationales. En droit aérien, plus qu'en droit maritime, la profusion des amendements au texte de 1929 nuit considérablement à l'unité du système. Les parties se retrouvent régies par des versions différentes de la Convention de Varsovie qui n'ont plus rien avoir avec le texte original et UNIQUE auquel elles avaient adhéré¹⁸². Toutes ces divergences, qui témoignent de l'échec des textes internationaux à unifier les régimes de responsabilité du transporteur maritime et aérien, nourrissent le forum shopping, qui est la pratique par laquelle les parties choisissent une juridiction en fonction de sa législation qui est la plus favorable à leurs intérêts. Pour mettre un terme à cette anarchie, des critères strictes ont été posés en droit international privé et les juridictions, comme les parties, ont élaboré des pratiques afin de garantir la sécurité et la cohérence de la justice rendue par les

¹⁸¹ L'article 21 concerne la compétence des juridictions et l'article 22 porte sur l'arbitrage. Une étude plus poussée de ces deux dispositions sera menée ultérieurement.

¹⁸² La solution qui pourrait être envisagée afin de supprimer toutes divergences d'interprétations et maintenir l'unité du système malgré son adaptation au progrès serait que la Convention prévoit un organe compétent afin de lever les doutes des Etats parties quant au sens à donner au texte, comme la Cour de Justice des Communautés Européennes dont l'une des tâches est de veiller à la bonne interprétation du Traité de Rome (article 164).

tribunaux. Nous allons voir comment elles permettent de remédier à la divergence des régimes de responsabilité en résolvant les conflits de juridictions en droit maritime et aérien. La pratique maritime semble pouvoir encore exercer quelque influence sur le droit aérien en la matière.

DEUXIEME PARTIE:

TENTATIVES D'UNIFICATION EN MATIERE DE CONFLIT DE JURIDICTIONS

Nous venons de voir que de nombreux efforts ont été faits afin d'unifier le droit maritime et le droit aérien à cause de la prolifération des échanges internationaux et du désir de diminuer les risques de divergence entre les situations qui pourraient affecter leur développement. Malheureusement, la réactualisation fréquente des textes, qui vise à supprimer leur décalage par rapport à la pratique, leur porte atteinte en créant de nouveaux régimes qui s'ajoutent aux précédents, sans les modifier. Le droit maritime, comme le droit aérien, fonctionne à plusieurs vitesses. Différents textes régissent une même situation, ce qui profite autant aux juridictions nationales qu'aux parties, car toutes deux peuvent choisir le régime le plus favorable à leurs intérêts. Afin de mettre un terme à tant d'insécurité et d'injustice et pour veiller à l'harmonisation des solutions en droit des transports, des instruments internationaux ont été élaborés. En matière de responsabilité, il ressort aujourd'hui de la législation internationale que le droit maritime s'aligne sur le droit aérien. La tendance est en train de s'inverser en matière de documents de transport. Qu'en est-il pour la résolution des conflits de juridictions¹⁸³? Il semblerait que le droit maritime parvienne également dans ce domaine à exercer une certaine emprise sur le droit aérien, par l'intermédiaire de la clause attributive de juridiction et de l'arbitrage. C'est ce

¹⁸³ "Un conflit de juridiction est le concours de deux ou plusieurs juridictions subordonnées à des souverainetés différentes, pour connaître d'une instance en justice." Voir *Lexique termes juridiques*, 10^{éd.}, Paris, Dalloz, 1995, s.v. « conflit de juridictions »

que nous verrons après avoir étudié les règles applicables en matière de résolution des conflits de juridictions.

I. RESOLUTION DES CONFLITS DE JURIDICTIONS

La théorie classique d'attribution de juridiction en droit international est regardée comme le corollaire de la souveraineté des Etats qui sont libres d'affirmer leur compétence sur leur territoire, à moins qu'une règle de droit international ne le leur empêche¹⁸⁴. Ils la déterminent en fonction de critères de rattachement, dont les principaux sont: la nationalité, le lieu où l'action s'est produite ou encore la méthode de la balance des intérêts qui permet de déterminer avec lequel des Etats la situation a le plus de liens. La question des conflits de juridictions est délicate à résoudre car il s'agit d'éviter de porter atteinte à la souveraineté des Etats. Comment affirmer qu'un critère prime sur un autre? La difficulté s'accroît lorsque les tribunaux ont identifié et affirmé leur compétence¹⁸⁵. Seule la courtoisie internationale, en tant qu'usage suivi dans les rapports internationaux, semble pouvoir éviter le conflit latent¹⁸⁶. Un des tribunaux déclinera sa compétence au profit d'un autre qui semble mieux à même de protéger les intérêts des parties en cause.

¹⁸⁴ Harold G. Maier, « Jurisdictional Rules in Customary International Law » dans *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, éd. Karl M. Meessen, Londres, Kluwer law international, 1996, 64 à la p. 83.

¹⁸⁵ Un Etat ne peut pas exercer ses pouvoirs sur le territoire d'un autre Etat à moins d'y avoir été invité ou autorisé par une Convention. La restriction de l'indépendance d'un Etat ne se présume pas. Voir l'*Affaire Lotus* (1927), C.P.J.I. (Sér. A) n°10 18.

¹⁸⁶ *Lexique termes juridiques*, 10^{éd.}, Paris, Dalloz, 1995, s.v. « courtoisie internationale ».

Cette pratique ne garantit aucune sécurité pour les intervenants, car elle est dépourvue de force obligatoire. Par conséquent, la solution la plus sûre apparaît de recourir à l'élaboration de Conventions. En matière de transport de marchandises, plusieurs textes trouvent à s'appliquer. En droit maritime, ils sont au nombre de trois. La Convention sur la saisie conservatoire des navires et la Convention sur la compétence civile en matière d'abordage ont toutes deux été adoptées le 10 mai 1952. Elles sont l'œuvre du CMI qui avait élaboré la Convention de Bruxelles de 1924, ainsi que l'amendement de 1968. La Convention de Hambourg de 1978 contient également des dispositions relatives à la compétence des juridictions. En droit aérien, seul le système varsovien, qui a été modifié à de nombreuses reprises, règle la question de l'attribution de compétence. La Convention de Bruxelles de 1968, sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, joue un rôle très important. Toutefois, comme son champ d'application est limité du fait de son caractère communautaire, il a été décidé, lors d'une des sessions de la conférence de La Haye, d'élaborer une Convention internationale sur la compétence juridictionnelle internationale et sur les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale¹⁸⁷. Les textes internationaux règlent-ils de façon identique la question des conflits de juridictions? L'étude des critères retenus pour déterminer la compétence des tribunaux témoigne d'une certaine unité dans les solutions au niveau international mais celle-ci semble remise en cause du fait de leurs différentes applications par les juridictions nationales.

¹⁸⁷ *Avant-projet d'une Convention sur la compétence juridictionnelle et les effets des jugements en matière civile et commerciale*, approuvé provisoirement par la Commission spéciale le 18 juin 1999, en

Section 1: Critères retenus par les Conventions internationales

A. Textes en matière de transport

1. Droit aérien

Dès l'origine, la Convention de Varsovie contient un article relatif à la compétence des tribunaux¹⁸⁸. Il offre un choix de juridictions au demandeur, qu'il s'agisse d'une action en réparation d'un dommage corporel ou d'un dommage à la marchandise. L'action peut être portée dans le territoire d'un des Etats parties devant le tribunal soit du *domicile* du transporteur, du *siège principal de son exploitation* ou du lieu où il possède un *établissement* par le soin duquel le *contrat* a été conclu, soit devant le tribunal du lieu de *destination*. Quatre conditions doivent être remplies pour reconnaître la compétence d'une des juridictions désignées par la Convention de Varsovie. Il faut que le tribunal soit sur le territoire d'un des Etats parties et que l'un des quatre critères posés à l'article 28 soit rempli. Dans la négative, la juridiction doit décliner sa compétence, même si la *lex fori* lui reconnaît le pouvoir d'entendre l'affaire¹⁸⁹. Le tribunal doit avoir la compétence *ratione materiae et personae*.

ligne: Conférence de La Haye de Droit International Privé Exécution des Jugements, Doc. prélim. No 7 avril-octobre 1997 <<http://www.hoch.net/fi/workprog/ldgm.html>> (date d'accès: 2 septembre 1999).

¹⁸⁸ Article 28.

¹⁸⁹ Dans l'affaire *Fabiano Shoe Co. Inc. c. Alitalia* 380 F. Supp. 1400 (D.C. Mass.1974), le tribunal bien que compétent en vertu de la Convention de Varsovie, n'a pu entendre l'affaire car la demande portait sur une somme inférieure au minimum requis par la cour pour examiner un litige.

2. Droit maritime

En droit maritime, il faut attendre la Convention de Hambourg¹⁹⁰. Son article 21 offre également au demandeur le choix de la juridiction à saisir, mais il est soumis à condition. Le tribunal doit être compétent en vertu de sa *lex fori*. Le demandeur peut alors choisir entre le tribunal de l'établissement principal du défendeur ou de sa résidence habituelle. Le texte aérien fait primer le domicile du transporteur à la différence du texte maritime qui se réfère à l'établissement principal du défendeur ou sa résidence habituelle. Le premier projet du C.I.T.E.J.A.¹⁹¹ ne contient pas de référence au domicile, mais mentionne, comme premier tribunal, celui du siège principal de l'exploitation. Les suivants sont identiques à ceux contenus dans le texte de Varsovie. La modification a été apportée afin de prendre en considération le sort des transports individuels et non pas uniquement ceux effectués par les grosses compagnies, comme le critère retenu le suggère¹⁹². Le texte maritime apparaît plus soucieux des intérêts commerciaux en cause que ne l'est le régime aérien car en pratique, à la différence de ce dernier, le transport de marchandises par mer n'est pas combiné à celui des passagers¹⁹³. La Convention de Hambourg offre, comme seconde option au demandeur, le choix du tribunal du lieu où le contrat a été conclu, avec la condition que le défendeur y ait un établissement. C'est le même principe qu'en droit aérien. Le port de déchargement fait écho au lieu de destination, mais le texte maritime rajoute le port d'embarquement. La transposition des dispositions de la Convention de

¹⁹⁰ Les travaux du C.M.I. ne contiennent pas de disposition relative à la question de l'attribution de compétence.

¹⁹¹ Le Comité international technique d'experts juridiques aériens (C.I.T.E.J.A.) céda sa place à l'OACI qui elabora la Convention de Bruxelles en se référant aux travaux de son prédécesseur.

¹⁹² Georgette Miller, *Liability in international Air Transport the Warsaw System in Municipal courts*, New York, Kluwer, 1977 à la p. 300.

¹⁹³ En droit aérien, la sécurité des passagers prime sur la réalisation de profits.

Hambourg dans le nouveau code maritime finlandais de 1994 témoigne du bon accueil qui lui est réservé. La reconnaissance d'un choix spécifique de juridictions en droit maritime a pour but d'améliorer la position du détenteur du connaissement¹⁹⁴. Les règles en matière de juridiction ont été adoptées en vue de protéger les expéditeurs contre les clauses attributives de juridiction contenues dans les connaissements, qui étaient trop onéreuses à leur égard car elles reconnaissaient, la plupart du temps, le tribunal du lieu où le transporteur exerce son activité commerciale¹⁹⁵.

3. Critères retenus

a. Lien de proximité

Les critères retenus par les deux Conventions reposent sur un lien de proximité entre la juridiction saisie et le litige en cause. En droit maritime, une option supplémentaire est reconnue au demandeur si le navire fait l'objet d'une saisie conservatoire. L'action est suffisante pour conférer au tribunal, qui a autorisé la mesure, d'entendre de l'affaire dans son entier. Pour éviter tout abus visant à créer un lien artificiel entre le litige et la juridiction, la Convention identifie les tribunaux pouvant examiner la requête¹⁹⁶, ce qui apporte sécurité et cohérence. L'article 1d) reconnaît la compétence du tribunal, situé dans tout autre lieu, désigné à cette fin dans le contrat de transport par mer. La limitation des

¹⁹⁴ Peter Wetterstein, « Jurisdiction and Conflict of Laws Under the New Rules on Carriage of Goods by Sea », dans *New Carriage of Goods by Sea the Nordic Approach Including Comparisons With Some Other Jurisdictions*, éd. Hannu Honka, Åbo Akademi University, 1997, 319.

¹⁹⁵ U.N Conference on trade and development, *The Economic and Commercial Implications of the Entry Into Force of the Hamburg Rules and the Multimodal Transport Convention*, TD/B/C.4/315 (part I) 31 dec. 1987, 54.

¹⁹⁶ Article 21 -2-a).

choix des tribunaux perd tout intérêt puisque les parties peuvent modifier la liste. Cette faculté ne se retrouve pas dans le texte aérien dont la rigueur apporte davantage de sécurité.

Le Protocole de Guadalajara de 1961, qui opère une distinction entre le transporteur contractuel et le transporteur de fait, rajoute deux options supplémentaires pour en tenir compte. Le demandeur peut donc agir également devant le tribunal du domicile du transporteur de fait, ou du siège principal de son exploitation. Le droit maritime s'est aligné sur le Protocole à l'article 1 de la Convention de Hambourg. Il ne reconnaît pas ces deux nouvelles compétences. L'oubli est sans conséquence, car le texte maritime emploie le terme "défendeur" sans distinction, alors qu'en droit aérien il est fait référence au transporteur. L'interprétation du mot "défendeur" peut s'entendre aussi bien du transporteur de fait et que du contractuel. Il n'est donc pas nécessaire de préciser.

Le choix du domicile du défendeur, comme critère d'attribution de compétence, apparaît équitable car il représente le lieu où le défendeur est le mieux à même de protéger ses intérêts. Il en connaît la langue, le système juridique et il n'a pas de frais supplémentaires de déplacement pour assister aux audiences. C'est également un avantage pour le demandeur. Généralement, c'est à son domicile que le défendeur possède son capital. Il y sera ainsi plus facile pour le demandeur de s'y faire indemniser. Il n'aura pas à redouter la reconnaissance de son jugement à l'étranger, ni celle de son exécution, car le tribunal

L'alinéa 3 du même article précise que "aucune procédure judiciaire relative au transport de marchandises en vertu de la présente Convention ne peut être engagée en un lieu non spécifié au paragraphe 1 ou 2 du présent article"

pourra ordonner la saisie des biens du défendeur. C'est donc une garantie pour le demandeur qui n'aura pas à redouter l'inefficacité du jugement.

b. Cinquième juridiction

Le Protocole de Guatemala rajoute une cinquième juridiction relative à la lésion corporelle ou au dommage résultant de la mort subie par un passager. Il s'agit du tribunal dans le ressort duquel le transporteur possède un établissement, si le passager a son domicile ou sa résidence permanente sur le territoire de la même Haute Partie Contractante. Elle a été supprimée par le Protocole de Montréal Numéro 4 qui retourne à la version originale de l'article 28. Le débat qu'a suscité cette question est très vif et représente l'une des principales causes de la modification de la Convention de Varsovie de 1999. Cette dernière reconnaît la cinquième juridiction mais uniquement pour les dommages subis par le passager, personne physique, et non plus pour ses bagages. Pourquoi le champ d'application de la cinquième juridiction n'a-t-il pas été étendu au transport de marchandises? Il semblerait que cela soit parce qu'il ne met en cause que des professionnels avertis. Ceux-ci connaissent et acceptent les aléas du transport. En conséquence de quoi, leur degré de protection n'a pas besoin d'être aussi élevé que celui des passagers. Le tribunal compétent serait celui du port de départ¹⁹⁷.

En droit maritime, à la différence du droit aérien, il existe une Convention spécifique, relative aux passagers, qui contient les règles traitant des conflits de juridictions. Il s'agit

¹⁹⁷ Berend J.H. Crans, « Article 28 of the Warsaw Convention » (1987) XII Air Law, note 48.

de la Convention d'Athènes relative au transport de passagers et de leurs bagages par mer du 13 décembre 1974. Nous ne l'étudierons pas ici, car elle ne concerne pas le transport de marchandises. Elle a permis aux Etats-Unis, qui exercent une grande influence en droit aérien, d'étayer leur argumentation en faveur de la reconnaissance de la cinquième juridiction¹⁹⁸. Ils sont d'avis que la Convention de Varsovie est source de conflits. C'est pourquoi, le choix des juridictions identifiées a été scrupuleusement effectué¹⁹⁹. Les points de contacts sont recherchés des deux cotés des parties afin d'éviter d'en avantager une par rapport à l'autre. Il en va de même des conditions. Il faut non seulement que le passager ait sa résidence principale et permanente sur le territoire du tribunal saisi mais également que le transporteur y ait une présence significative. La nouvelle expression employée, au demeurant confuse, a requis d'être suivie par une définition. Cette dernière n'est pas parvenue à clarifier la situation. A son tour, elle est devenue source de conflit car livrée à l'interprétation des juridictions nationales²⁰⁰. Il faut préciser que la cinquième juridiction n'est applicable que si le transporteur possède un établissement, dans un Etat partie dont le passager est résident, et qui n'a pas participé à l'achat du titre de transport. Dans le cas contraire, les quatre solutions de l'alinéa 1 donne compétence au tribunal²⁰¹.

¹⁹⁸ DCW Doc No. 12 4/5/99, International conference on air law, Montreal 10 to 28 May 1999, Draft Convention for the unification of certain rules for international carriage by air, article 27- fifth jurisdiction presented by the Unites States of America, 6.

¹⁹⁹ *Ibid.* à la p. 8.

²⁰⁰ La France, qui était opposée à l'insertion d'une cinquième juridiction, au motif qu'elle était exclue par la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence des juridictions, a fini par la reconnaître suite à l'acceptation de ses propositions modifiant le projet de révision de la Convention de Varsovie.

DCW Doc No. 3317/5/99 sur l'article 27 présenté par la France à la p. 3.

Bin Cheng, « A Fifth Jurisdiction Without Montreal Additional Protocol No.3, and Full Compensation Without the Supplemental Compensation Plan » (1995) XX Air Law à la p. 120.

B. Convention de Bruxelles de 1968

1. Article 57

Avant de passer à l'examen des critères retenus dans la Convention de Bruxelles il faut convient de signaler deux Conventions spécifiques au droit maritime qui contiennent des dispositions relatives au conflit de juridictions. Elles ne sont pas affectées par le texte communautaire qui autorise en son article 57, des dérogations à son application.

La Convention sur la compétence civile en matière d'abordage s'applique, notamment, aux dommages causés par une manœuvre ou une omission ou violation d'un règlement, sans abordage, à la marchandise à bord d'un navire²⁰². L'article 6 précise qu'elle ne s'applique pas au contrat de transport. Il est intéressant de noter que les critères retenus à l'article 1 sont similaires à ceux de la Convention de Hambourg, à savoir: le tribunal de la résidence habituelle du défendeur (et non le domicile, comme c'est le cas en droit aérien), celui du siège de son exploitation, celui du lieu de la saisie ou du lieu de l'abordage, si il a lieu dans les eaux internes ou dans un port.

La Convention en matière de saisie conservatoire, retenait le critère du lieu de la saisie du navire, critère qui se retrouve également dans la Convention de Hambourg avant que la Convention de Bruxelles, n'intègre dans son champ d'application, la saisie conservatoire pour dommage à la cargaison ou au fret non payé.

2. Dispositions spécifiques du texte communautaire

Examinons à présent les solutions de la Convention de Bruxelles²⁰³. Celle-ci a pour objectif d'établir, dans un espace judiciaire donné, des règles de compétence claires et précises, à la disposition des justiciables, afin de faciliter les règlements des litiges et permettre la libre circulation des jugements. Dans cette perspective, la Convention s'applique à désigner, aux justiciables, les fors compétents, de sorte qu'ils connaissent, à l'avance, la, ou les juridiction(s) compétente(s), dont la décision sera reconnue et exécutée dans les autres Etats de la Communauté. La Convention de Bruxelles voit son champ d'application limité à son article I en fonction de la matière et, dans son préambule, en fonction du lieu géographique²⁰⁴.

Le principe général de la Convention de Bruxelles reconnaît le domicile du défendeur comme critère d'identification du tribunal compétent. L'arrêt de la Cour de Justice des Communautés *Handte c. TMCS*²⁰⁵ affirme l'intérêt du critère dont le but est de renforcer la protection légale des individus situés dans l'Union Européenne et d'assurer une certaine prévisibilité. Le tribunal du défendeur représente la juridiction la plus facile à saisir et celle devant laquelle il aura le moins de difficulté à se défendre. Cette règle permet également de réduire le nombre de procédures superflues et évite les complications inutiles²⁰⁶. Ce principe ne joue que pour les défendeurs domiciliés dans le territoire de l'une des parties à

²⁰² Article 4.

²⁰³ Les mêmes principes se retrouvent dans la Convention de Lugano qui a été conclue entre les Etats membres de la C.E.E. et ceux qui forment l'Association européenne de libre échange (A.E.L.E.). Elle a été signée le 16 septembre 1988.

²⁰⁴ Elle devient le droit commun des Etats membres de l'Union Européenne.

²⁰⁵ *Handte c. TMCS*, C-26/91, [1992] Rec. C.E. I-3967.

²⁰⁶ Peter Stone, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, Londres, Longman, 1998 à la p. 31.

la Convention. Dans le cas contraire, il convient de se référer à l'article 4 qui énonce que la compétence est réglée par la loi de chaque Etat contractant, sous réserves des dispositions de l'article 16 relatives aux compétences exclusives.

Le critère de rattachement retenu dans la Convention de Bruxelles apparaît comme étant un compromis entre le domicile du transporteur, de la Convention de Varsovie, et la résidence habituelle du défendeur, retenue dans la Convention de Hambourg. L'idée sous-jacente est identique dans les trois textes: c'est le lieu dans lequel le défendeur se trouve le plus fréquemment qui détermine la compétence du tribunal à saisir. La règle exprime l'adage *actor sequi forum rei*. C'est le principe le plus largement reconnu dans les législations nationales et Conventions internationales. Elle exprime la faveur du droit envers celui qui se défend²⁰⁷. La solution de la Convention de Bruxelles est critiquable car elle ne fournit pas d'interprétation du "domicile". L'article 52 confère aux juridictions nationales le devoir d'identifier les personnes domiciliées sur leur territoire en fonction de la lex fori. La solution adoptée est contestable car le concept du domicile varie considérablement d'un pays à un autre²⁰⁸, ce qui porte atteinte à l'uniformisation que le texte tente de réaliser. Il en va de même pour la Convention de Varsovie, ainsi que la Convention de Hambourg, ce qui explique la persistance des conflits de juridictions et l'échec des dispositions conventionnelles.

²⁰⁷ P. Bellet, « L'élaboration d'une Convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du marché commun » (1965) 92 *Clunet* à la p. 852.

²⁰⁸ Voir Georges Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun*, Paris, Dalloz, 1972 aux n° 343 et s.

A la différence des Conventions de Varsovie et de Hambourg, qui n'opèrent aucune distinction entre les différentes actions qui peuvent naître contre le transporteur, la Convention de Bruxelles est plus spécifique. En effet, elle détermine le tribunal compétent pour entendre chaque action en matière civile et commerciale. Toutefois, elle est moins souple que les premiers textes, car elle n'offre pas d'option au demandeur. Le choix de juridiction reconnu au défendeur semble plus favorable que la détermination de la juridiction correspondante à chaque type d'action mais cela suppose qu'il sache où ses intérêts sont le mieux protégés. Il doit être vigilant quant à l'application des règles nationales. La Convention de Bruxelles autorise la dérogation au principe général posé à l'article 2, s'il existe un lien de connexité entre le litige et la Cour saisie pour entendre de l'affaire²⁰⁹. L'article 5(1) reconnaît la compétence du tribunal du lieu de l'exécution de l'obligation contractuelle et l'article 5(5) autorise la cour du lieu où se situe un établissement, une succursale ou une filiale du commerçant par lequel l'opération a été effectuée à entendre le litige. L'expression "succursale ou établissement" signifie un organe ou une affaire qui représente l'extension du commerce du propre défendeur et qui est soumis à son contrôle général, et non une entité indépendante dont la mission est d'agir comme intermédiaire²¹⁰.

Il est intéressant de constater que dans la nouvelle version de la Convention de Varsovie, l'alinéa introduisant la cinquième juridiction se réfère à la "résidence principale et permanente" en la définissant à l'alinéa suivant comme "le lieu unique de séjour fixe et

²⁰⁹ CE, *Rapport de M. P. Jenard*, [1979] J.O.C. 59/22.

²¹⁰ *De Bloos A.S.p.r.l. Etablissement c. Bouyer S.C.A.*, Aff. 14/76 [1976] Rec. à la p. 1497; *Lloyd's Register of Shipping c. Société Campeon Bernard*, [1995] All E.R. (EC) à la p. 531.

permanent du passager au moment de l'accident". Le premier alinéa relatif au dommage, autre que corporel, applique le critère du domicile du transporteur²¹¹. La Convention de Varsovie est moins spécifique que la Convention de Bruxelles et prête à confusion quant à l'identification du principal établissement du transporteur. Elle ne fait pas référence au lieu où se trouve l'avion pour attribuer la juridiction. Elle n'admet pas de dérogation car elle se veut impérative²¹², afin de parvenir à unifier certaines règles internationales en matière de transport aérien. La Convention de Bruxelles s'efface devant la volonté des parties²¹³ car elle recherche à simplifier les règles entre les pays membres en matière de juridictions et de reconnaissance des jugements et non à les unifier.

La Convention de Bruxelles retient comme critère attributif de juridiction celui du domicile du défendeur, le lieu de l'exécution de l'obligation contractuelle ou celui du lieu de l'établissement qui a exécuté l'opération. Les deux premiers se retrouvent dans les textes aérien et maritime. La Convention de Bruxelles cherche avant tout à établir une interprétation uniforme de ses dispositions à travers les Etats parties, afin que leurs tribunaux puissent bénéficier d'une égalité de compétence pour entendre des affaires²¹⁴. Elle assure également la reconnaissance et l'exécution des jugements²¹⁵ rendus dans la communauté, ce qui apporte une sécurité au demandeur qui n'a pas à craindre de ne

²¹¹ L'influence du droit maritime se retrouve dans les dispositions relatives aux passagers.

²¹² "Thus, it has now been established that, whenever a contract of carriage falls within the definition and scope of Article 1 (2) of the Warsaw Convention, the uniform provisions of this Convention constitute the mandatory law of the contract". Voir L.M. Bentivoglio, « Conflicts Problems in Air Law » (1966) III 119 Rec. des Cours à la p. 132.

²¹³ Article 17.

²¹⁴ Yvonne Baatz, «The Jurisdiction of the English Courts to Determine Cargo Claims and the Lugano Convention» dans *New Carriage of Goods by Sea the Nordic Approach Including Comparisons With Some Other Jurisdictions*, éd. Hannu Honka, Åbo Akademi University, 1997 à la p. 308.

²¹⁵ Titre III: Reconnaissance et exécution.

pouvoir être entièrement dédommagé car le jugement qu'il obtiendrait ne serait pas reconnu dans une autre juridiction. L'existence d'un organe chargé spécialement d'éclairer le sens du texte communautaire contribue également à son respect en limitant la divergence d'interprétation par les juridictions nationales. La Convention de Bruxelles a également l'avantage de supprimer tous les privilèges de juridictions qui pourraient lui porter atteinte²¹⁶. Aucun des textes de transport ne mentionne une telle exclusion, ce qui est regrettable mais compréhensible car il s'agit d'une importante atteinte à la souveraineté des Etats. Aucun système ne leur garantit non plus l'existence d'une interprétation unique qui permettrait d'harmoniser les solutions nationales. Un tel vide leur porte atteinte et nourrit les conflits de juridictions.

Section 2: Etude de la jurisprudence: le conflit non résolu

Les difficultés relatives à l'application des Conventions, aussi bien en droit maritime qu'en droit aérien, proviennent des différentes interprétations qu'il est possible d'en faire. La confusion suscitée par tant de libéralisme a conduit au conflit de juridictions. Les parties ont tiré avantage de la situation en développant la pratique du *forum shopping* par laquelle elles recherchent le tribunal qui protège le mieux leurs intérêts. Pour mettre un terme à l'insécurité et défendre leur compétence, les juridictions ont élaboré la théorie du *forum non conveniens*.

²¹⁶ L'article 3 énonce que: "Les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant ne peuvent être à traites devant les tribunaux d'un autre Etat contractant qu'en vertu des règles énoncées aux sections 2 à 6

A. Interprétations

1. Interprétation des textes

La question de l'interprétation des textes se pose face à trois situations distinctes: celle de la langue dans laquelle le texte a été rédigé, celle de sa réception dans l'ordre interne et celle de l'existence de dispositions particulières relatives à son interprétation.

La langue dans laquelle un texte est rédigé est très importante car la version originale est celle qui sert de référence. En cas de doute quant à la signification ou l'application d'une disposition du texte national, les juridictions n'ont qu'à consulter la Convention internationale telle que rédigée par les Parties. En droit maritime, la Convention de Bruxelles de 1924 a été rédigée en français. Elle ne comporte aucune règle relative à son interprétation. La Convention de Varsovie de 1929 s'est trouvée dans une situation similaire²¹⁷. Les juridictions nationales auraient pu prévenir l'atteinte portée aux deux Conventions internationales en tenant compte de la version originale des textes. Leur traduction non officielle dans les multiples langues des Etats parties les a affaiblies. La Convention de Hambourg a tenté d'y remédier en adoptant six versions du texte qui ont toutes une valeur identique qu'elle soit rédigée en français, en anglais, en espagnol, en arabe, en chinois ou en russe²¹⁸. La nouvelle version de la Convention de Varsovie de 1999 fait de même.

du présent titre." L'article spécifie les dispositions nationales dont l'application est exclue. Il cite entre autres les articles 14 et 15 du code civil napoléonien, qui sont des privilèges de juridiction français.

²¹⁷ Article 36.

²¹⁸ D.E. Murray, « The Hamburg Rules: A Comparative Analysis » (1980) 12 The Lawyer of the Americas à la p. 60.

La réception de l'instrument influe également sur l'interprétation qui va en être faite. La Convention de Bruxelles de 1924, dans son Protocole de signature, autorise les parties "à donner effet à (la) Convention soit en lui donnant force de loi, soit en introduisant dans leur législation nationale les règles adoptées par la Convention sous une forme appropriée à cette législation.". Cette faculté a conduit à la divergence d'interprétations du texte. Les juridictions se sentent plus libres de l'interpréter une fois qu'il est intégré dans le système national car sa transposition lui fait acquérir la valeur de simple loi nationale²¹⁹. La Convention de Hambourg ainsi que la Convention de Varsovie s'imposent comme des textes internationaux. L'article 30 alinéa 3 de la Convention de Hambourg énonce que "Chaque Etat contractant appliquera les dispositions de la présente Convention aux contrats de transport par mer qui seront conclus à partir de l'entrée en vigueur de la Convention à son égard". L'article 53 de la nouvelle version de la Convention de Varsovie comporte une disposition similaire.

La Convention de Hambourg se démarque des autres textes en ce qu'elle comporte un article propre à son interprétation. Son article 3 dispose que "Dans l'interprétation et l'application de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité d'en promouvoir l'uniformité.". M. Mankabady explique que la disposition peut paraître superflue du fait que le but d'une Convention internationale est la recherche de l'uniformité. De plus le nouveau texte n'est pas exhaustif. Par conséquent, il revient aux juges nationaux d'en combler les lacunes à l'aide de leur propre législation. Il

²¹⁹ Samir Mankabady, « Comments on the Hamburg Rules » dans *The Hamburg Rules on the Carriage of Goods by Sea*, Boston: Sijthoff and Leyden, 1978 à la p. 46.

faudrait donc que les tribunaux tiennent compte des jugements étrangers pour connaître l'interprétation qui est faite du texte²²⁰.

L'uniformité de l'interprétation des textes de droit aérien et de droit maritime, qui ne contiennent pas de disposition particulière relative à ce sujet, peut être préservée en suivant la position de Lord Macmillan dans *Stag Line Ltd. c. Foscolo, Mango & Co.*²²¹

“As these rules [the Hague Rules] must come under the consideration of foreign courts, it is desirable to in the interests of uniformity that their interpretation should not be rigidly controlled by domestic precedents of antecedant date, but rather that the language of the rules should be construed on broad principles of general acceptance.”.

A la divergence d'appréciation des textes s'ajoute celle des critères de juridictions qui révèle l'échec de la résolution des conflits de juridictions et contribue à son maintien.

2. Interprétation des critères

Comme nous l'avons vu précédemment des critères similaires se retrouvent dans les textes de droit maritime et de droit aérien avant de les étudier, il faut d'abord remarquer que les juridictions reconnues par la Convention de Hambourg sont exclusives²²², comme en droit aérien. Toutefois, à la différence de la solution retenue dans la Convention de Varsovie, les tribunaux ne doivent pas relever d'un Etat partie. Bien que de nombreuses délégations l'aient demandé, leur requête n'a pas été entendue dans un souci de protection du

²²⁰ *Ibid.* aux pp. 48-49.

²²¹ *Stag Line Ltd. c. Foscolo, Mango & Co.* [1932] 328 (C.A.); [1931] All E.R. 666.

²²² La juridiction fondée sur la saisie conservatoire du navire est la seule exception.

demandeur²²³. Le droit aérien, qui a répondu favorablement à la demande, se trouve face au problème de la reconnaissance d'un jugement rendu dans un Etat non partie. L'exécution des jugements étrangers est également affectée par la divergence d'interprétation des critères attributifs de juridiction.

La possession d'un établissement est interprétée de façon stricte en France. Il s'agit d'un établissement appartenant au transporteur. Un agent indépendant ou un représentant ne sera pas suffisant pour conférer la juridiction au tribunal²²⁴. Cette position reflète la jurisprudence des gares principales, par laquelle un transporteur peut être attiré devant le tribunal de son domicile, ainsi que devant celui où se trouve un établissement s'il existe un lien entre les activités de ce dernier et le litige. La jurisprudence française attache beaucoup d'importance à identifier le rôle qu'a joué l'établissement dans la conclusion du contrat²²⁵. Les Etats-Unis ont adopté une position plus libérale. Le fait, pour une compagnie aérienne, de faire des affaires sur un territoire est suffisant pour reconnaître qu'elle possède sur ce lieu un point commercial²²⁶. L'interprétation qui est faite de lieu commercial est influencée par la jurisprudence nationale. D'après l'arrêt de la Cour Suprême²²⁷, le test, relatif au critère de l'établissement, repose sur la recherche d'un minimum de point de contact avec le forum. Il doit être fair play et permettre de rendre une justice fondée. L'utilisation du verbe "posséder", dans la version française, suggère que l'établissement appartienne directement au transporteur. Cette suggestion ne se

²²³ D.C. Jackson, «The Hamburg Rules and Conflict of Laws» dans *The Hamburg Rules on the Carriage of Goods by Sea*, Boston: Sijthoff and Leyden, 1978 à la p. 232.

²²⁴ Paris, 2 mars 1962, *Herfroy c. Cie Portugaise Airtop* (1962) RFDA à la p. 177.

²²⁵ Crans, *supra* note 197 aux pp. 179 et 182.

²²⁶ Miller, *supra* note 192 à la p. 306.

retrouve pas dans la version anglaise²²⁸. La traduction du texte porte atteinte à son but d'unification, alimentant les risques de conflits de juridictions en droit maritime.

Des divergences d'interprétation similaire se retrouvent pour les autres critères. Le domicile, retenu dans le texte aérien, est apprécié de façon plus stricte aux Etats-Unis qu'en France²²⁹. Il s'oppose à la résidence habituelle du droit maritime. Le critère du lieu de destination n'est pertinent qu'en matière de transport de passagers, et non de marchandises, car la jurisprudence examine le ticket aller-retour qui n'existe pas dans le second type de transport. Le lieu de destination est l'endroit où l'avion atterrit pour décharger sa cargaison²³⁰. C'est donc la destination figurant sur la lettre de transport aérien, plutôt que l'ultime destination envisagée par le consignataire, qui sera retenue pour l'application de l'article 28²³¹. La difficulté de l'identification du lieu de destination est surmontée, en droit maritime, par le recours au critère du port de chargement ou de déchargement.

Malgré toutes ces indications, les juridictions nationales se retrouvent face à des situations conflictuelles. En effet, les divergences d'interprétation conduisent à appliquer des régimes de responsabilité différents qui entraînent les parties à recourir au *forum shopping*, afin de mieux protéger leurs intérêts. Les juridictions ont tenté d'y mettre un terme en transférant leur compétence à un autre tribunal apparaissant plus compétent pour résoudre le litige.

²²⁷ *International Shoe Co. c. Washington*, 326 U.S. 310, 66 S. Ct. 154 (U.S. Sup Ct. 1945).

²²⁸ Miller, *supra* note 192.

²²⁹ Magdelénat, *supra* note 93 à la p. 117.

²³⁰ *Ibid.* à la p. 119.

²³¹ *De Surmont c. Vlacke Co.* 1969 RFDA 191 (C.A. Douai, 4 Jan. 1969).

B. Affirmation de la pratique des parties et réponse des juridictions

1. *Forum shopping*

Le *forum shopping* est l'action par laquelle une partie examine toutes les juridictions qui seraient susceptibles d'entendre du litige, afin de choisir celle qui défendrait le mieux ses intérêts. Cette pratique ne peut se développer qu'avec les situations pour lesquelles il existe un doute quant à la compétence des juridictions, comme c'est le cas en droit maritime et droit aérien, notamment à cause des divergences d'interprétations des textes.

La suppression ou l'inexistence de juridictions spécialisées est une autre raison qui justifie l'atteinte portée à l'unification des textes internationaux en matière de transport. A l'origine, le droit maritime était administré par des juridictions composées de pairs, aussi bien dans les pays de common law que de droit civil. Ceci avait pour avantage de conférer l'unité des décisions puisqu'elles étaient rendues par des initiés capables d'apprécier les situations. En outre la compétence délimitée des tribunaux évitait leur encombrement. Le choix du tribunal était donc plus restreint. Malheureusement le conflit de compétence entre les juridictions nationales et le désir de simplifier le système judiciaire a conduit à la suppression de la plupart de ces cours²³². Le droit aérien n'en a jamais eu.

Si le *forum shopping* semble très apprécié des parties, ses inconvénients sont indéniables.

Il porte, avant tout, atteinte à leurs relations commerciales. En effet, il permet, à l'une

²³² En France, la Révolution a mis à bas le système maritime. Les conflits en matière de transport sont désormais administrés par le tribunal de commerce dont les magistrats ne sont que de simples professionnels et non des juges. Décret des 16 et 24 août 1790, Titre XII art.1, para. 2, Loi des 9 et 13 août 1791, Titre I art.1. Le tribunal maritime n'est compétent qu'en matière de discipline à l'égard des marins.

d'elles, de déjouer les prévisions de son partenaire en recherchant, parmi les règles applicables en matière de compétence, celle qui sera la plus favorable à ses intérêts. Il apporte l'insécurité car le tribunal saisi n'est pas forcément celui attendu; ce qui risque de nuire à la reconnaissance de la décision rendue, si elle doit être exécutée à l'étranger. Enfin, cette pratique conduit à une perte de temps et d'argent. Elle nuit au bon déroulement de la justice, du fait que la compétence du tribunal peut être contestée, et conduire à la multiplication des procédures afin que la juridiction qui possède les liens les plus étroits avec l'affaire, tranche le litige.

Le *forum shopping* est mieux contrôlé au niveau international, par les Conventions, qu'au niveau national, où les cours défendent leurs intérêts en favorisant l'application de la *lex fori*. En revanche, il apparaît qu'en droit maritime et en droit aérien, les parties peuvent encore manipuler les situations pour choisir la juridiction qu'elles souhaitent, malgré les limites que les articles 21 et 28 des Conventions de Hambourg et de Varsovie ont édictées.

Avant 1978, les opérateurs maritimes avaient tenté de remédier à cette pratique en créant la "clause paramount" qu'ils inséraient dans le connaissement. Par celle-ci, la Convention de Bruxelles de 1924 se voyait reconnaître force obligatoire, à moins que le nouveau texte, tel qu'amendé par le Protocole de Visby, ne trouvait à s'appliquer d'office. Ils parvenaient ainsi à déjouer la lacune du texte de 1924 concernant son champ d'application qui était laissé à la libre interprétation des juridictions nationales. En identifiant son champ

d'application, la Convention de Hambourg a rendu inefficace cette clause²³³. Mais le *forum shopping* persiste. Ce qui explique la réaction des juridictions qui essaient de protéger leurs intérêts et rendre une meilleure justice en invoquant la théorie du *forum non conveniens*.

2. *Forum non conveniens*

En réponse au *forum shopping* des parties, les tribunaux ont développé la pratique du *forum non conveniens*²³⁴. Il s'agit, pour une cour, de décliner sa compétence, pour entendre l'affaire dont elle a été saisie, en considérant qu'un autre tribunal, également compétent, est mieux à même de résoudre le litige. C'est un conflit de juridiction négatif, au niveau des instances. Plusieurs conditions doivent être remplies pour qu'une cour décline sa compétence au profit d'une autre. Il faut que les deux juridictions soient compétentes, et que: ou bien les éléments de preuve sont plus faciles à rapporter dans l'autre territoire ou bien la loi sur laquelle repose la requête est de l'autre forum, et peut donc mieux y être présentée, ou bien enfin il existe une loi autorisant la cour à décliner sa compétence²³⁵. Généralement, le véritable test révélateur est celui de l'opportunité. La cour devra rechercher, entre autre, l'instance la plus facile d'accès et la moins coûteuse

²³³ L'article 2 de la Convention de Hambourg détermine son champ d'application. Le texte l'emporte sur la volonté des parties lorsqu'il trouve à s'appliquer d'office. Voir Christof Lüdtke, *The Hambourg Rules From Hague to Hambourg Via Visby*, 2^{ed}, New York, Lloyd's of London Press, 1995 à la p. 6.

²³⁴ Elle s'est développée notamment aux Etats-Unis en droit maritime. Voir William Tetley, « The General Maritime Law-the Lex Maritima » (1994) 20 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* note 83 à la p. 125.

²³⁵ L'article 3135 du code civil québécois autorise la cour à décliner sa compétence au profit d'une autre.

pour les parties, et, s'il existe une clause attributive de juridiction ou compromissoire, la loi applicable ainsi que le domicile et lieu où chacune des parties exercent sa profession²³⁶.

En droit aérien, l'article 28 al.2 autorise le tribunal à appliquer ses propres lois en matière de procédure. Il lui revient donc de déterminer si le demandeur possède la capacité pour agir en justice, ou s'il a bien rempli les formalités administratives. La Convention reconnaît donc au juge le droit de se déclarer incompétent au profit d'une autre juridiction, s'il estime qu'elle rendra mieux la justice que lui, dans cette affaire²³⁷. L'article 32²³⁸ lui impose le devoir de désigner le tribunal au profit duquel il se dessaisit de l'affaire, car les parties se voient interdire le droit de saisir la juridiction de leur choix.

Cette pratique judiciaire peut être considérée comme source d'insécurité, et abusive pour les parties qui se voient renvoyées devant une autre cour à leur frais. De plus, en transférant sa compétence, le tribunal risque de mettre les parties face à un déni de justice, si l'autre cour, désignée, rejette l'affaire. Les juges n'apprécient pas cette technique car elle porte atteinte à la souveraineté de l'Etat, et ils perdent la faculté de défendre leurs intérêts. En réalité, c'est dans un souci de meilleure justice, et pour corriger une intention malveillante de la part d'une partie, que cette pratique a été créée. Elle permet également de rectifier des erreurs de procédure. Le recours à la pratique du *forum non conveniens*,

²³⁶ Tels sont les critères reconnus par le professeur Tetley. William Tetley, *International Conflict of Laws Common, Civil and Maritime*, Montreal, ISP, 1994 à la p. 801.

²³⁷ *Winsor Adm. c. United Airlines* 5 Av. 18170 (Del. Super. Ct. 1958), 29 JALC 205, 221.

Irish National Insurance Co. c. Aer Lingus Teoranta, 739 F. 2d 90 (2d Circ. 1984).

²³⁸ Article 32 : "Sont nulles toutes clauses du contrat de transport et toutes conventions particulières antérieures au dommage par lesquelles les parties dérogeraient aux règles de la présente Convention soit par une détermination de la loi applicable, soit par une modification des règles de compétence. (...)".

offre au demandeur, une certaine garantie, en ce que sa demande ne sera pas forclosée dans le cas où un avocat aurait porté l'affaire devant la mauvaise juridiction, dont l'engorgement conduirait à ce que la requête ne soit pas entendue avant le délai de prescription.

Le développement de la pratique du *forum non conveniens*, par les cours, a permis, au niveau international, de commencer à limiter les conflits de juridictions. Malheureusement, un nouveau différend, pourtant situé au niveau national, vient les raviver. Il a trait à la redéfinition du droit maritime. Les Cours Suprêmes des Etats fédéraux se battent contre les juridictions de droit commun pour être compétentes pour entendre des litiges maritimes. Le conflit est très important au Canada. La Cour Suprême, dont la compétence repose sur la loi maritime générale, essaie avec succès dernièrement d'en étendre la définition²³⁹. Il en découle une grande incertitude quant aux compétences des juridictions²⁴⁰. Le droit aérien connaît la même difficulté, surtout en matière de dommage physique²⁴¹.

Les dispositions des Conventions, tant en droit maritime qu'en droit aérien, paraissent insuffisantes pour garantir une totale sécurité dans les relations contractuelles, en matière de transport de marchandises. La multiplicité de solutions qu'elles offrent, pour régir une même situation, a conduit les parties à prendre avantage de la faiblesse de l'uniformité des

²³⁹ Tetley, *supra* note 234 aux pp. 119- 120. Voir également, William Tetley « A Definition of a Canadian Maritime Law » (1996) 30 U.B.C. Law Review à la p. 138.

²⁴⁰ David N. Rogers, « Admiralty Jurisdiction in Canada: Is There a Need For Reform? » (1985) 16 J. Marit. L. & Com. à la p. 467.

²⁴¹ Rod D. Margo, « Recent Developments in Aviation Case Law » (1986) 52 J. of Air L. à la p. 119.

régimes, en manipulant les points de contact donnant compétence aux tribunaux. En réponse au *forum shopping*, les juridictions ont développé la théorie du *forum non conveniens*, par laquelle elles déclinent leur compétence au profit d'une autre cour. Bien que cette pratique se développe de plus en plus, elle ne peut servir d'arme de défense au demandeur car sa mise en œuvre est entièrement discrétionnaire. Elle repose sur la courtoisie internationale et la perte volontaire de souveraineté. Les solutions envisagées demeurent insuffisantes pour régler les conflits de juridictions, et les parties se trouvent encore dans l'insécurité du tribunal saisi ainsi que de la loi qui sera applicable. Afin de supprimer le doute, ne vaudrait-il pas mieux que les parties fixent elles-mêmes les règles dans leur contrat, avant que la naissance du litige ne vienne affecter leur entente?

II. RESOLUTION DU CONFLIT AVANT SA NAISSANCE

La solution qui s'offre aux parties, pour mettre un terme à l'insécurité, est de choisir, a priori, la juridiction qui entendra leur litige. Elles ont alors le choix entre un juge de droit commun ou un juge privé: l'arbitre. En commerce international, les clauses de juridiction et d'arbitrage sont très répandues. Leur succès vient de l'extrême difficulté qu'il y a à déterminer la compétence d'une juridiction. Elles garantissent aux parties que leur litige sera entendu par le juge qu'elles ont choisi, pour ses qualités et en qui elles ont confiance. En droit international, les clauses attributives de juridictions sont encore plus importantes qu'au niveau national, non pas seulement d'un point de vue procédural et substantiel mais également d'un point de vue culturel et politique. Les divers régimes juridiques et pratiques commerciales sont parfois difficiles à concilier. Il est donc préférable que les

parties précisent ce qu'elles veulent. La reconnaissance de ces clauses, qui sont l'expression de la volonté des parties, ne devrait pas poser de difficulté, car le principe de l'autonomie de la volonté a été reconnu et affirmé notamment par la Convention de Rome relative aux droits des obligations contractuelles, et la Convention de Vienne en matière de vente de marchandises. Pourtant, tel ne semble pas être le cas en matière de transport, comme va le révéler l'étude de l'admission de ces clauses et leur développement en droit maritime, ainsi que leur place dans l'état actuel du droit aérien. Nous étudierons comment elles ont été admises en droit maritime et pourraient être transposées en droit aérien. Si, a priori, elles auraient dû connaître un sort identique, tel n'a pas été l'opinion des jurisprudences nationales qui ont adopté différentes attitudes à leur égard. La clause compromissoire, préférée des commerçants, a eu des difficultés à s'affirmer, bien qu'elle semble aujourd'hui prendre le pas sur la clause d'*electio juris*.

Section 1: Clause de juridiction

La clause de juridiction est la clause par laquelle les parties identifient le tribunal compétent pour entendre leur litige. Elle a deux effets: celui de prorogation, par lequel elle attribue compétence au tribunal du choix des parties, et celui de dérogation, par lequel tout autre tribunal devrait décliner sa compétence²⁴². Si le premier a été majoritairement admis par les juridictions²⁴³, le second suscite une certaine animosité qui explique le

²⁴² Fernando Melo, *Enforceability of Foreign Forum Selection Clauses in Maritime Bills of Lading Under American Law*, thèse de maîtrise en droit, Université McGill, 1996 à la p. 3 [non publiée].

²⁴³ J.T. Gilbert, « Choice of Forum Clauses in International and Interstate Contracts » 1976 65 Ky. L. J. à la p. 5.

décalage entre sa rapide admission dans la pratique maritime et la réticence des juridictions à la reconnaître. Quel accueil le droit aérien va-t-il lui réserver?

A. Droit maritime

1. Affirmation en pratique et premières reconnaissances juridictionnelles

Si la clause de juridiction apporte une certaine sécurité en déterminant le lieu où la procédure doit se dérouler, elle n'identifie pas la loi applicable au litige. Elle ne permet qu'à moitié de surmonter la difficulté, à moins que les parties ne précisent également le droit applicable. En tant qu'accord et expression de la volonté des parties, la clause de juridiction s'est progressivement vue acceptée, mais avec modération à cause de son effet négatif qui conduit à la perte de souveraineté. Elles ont été insérées à l'initiative des transporteurs en vue de protéger leurs intérêts, en réaction à l'assimilation du connaissance à un contrat d'adhésion²⁴⁴.

Dans les pays de common law²⁴⁵, les premières décisions relatives aux clauses de juridiction remontent à la fin du XVIIIème siècle et du début du XIXème siècle. Dans *Gienar c. Meyer*²⁴⁶ et *Johnson c. Machielsne*²⁴⁷, la cour admet la clause d'*electio juris*, en droit maritime, lorsque les parties sont toutes deux étrangères, et que le contrat a été

²⁴⁴ Mankabady, *supra* note 219 à la p. 98.

²⁴⁵ L'Angleterre est l'un des pays qui a permis au droit maritime de considérablement évoluer du fait de sa situation insulaire.

²⁴⁶ *Gienar c. Meyer* [1796] 2H. Bl. 603, 126 E.R. 728 C.P.

²⁴⁷ *Johnson c. Machielsne* [1811] 3 Camp. 44, 170 E.R. 1300 K.B.

conclu hors de la juridiction²⁴⁸. Aux Etats-Unis, l'acceptation de ces clauses a été plus difficile, comme en France, car les cours ont considéré que leur compétence ne pouvait être rejetée par la volonté des parties²⁴⁹. Leur reconnaissance portait atteinte, selon elles, au bon équilibre de la justice et était contraire à l'ordre public²⁵⁰. L'hostilité des juridictions américaines²⁵¹, qui assimilent le connaissance à un contrat d'adhésion²⁵², repose sur le souci de protéger la partie faible, qui se voit imposer des conditions sans pouvoir les contester, mais également sur le fait que les juges ne veulent pas être dessaisis d'une affaire pour être rémunérés en fonction du nombre de litiges qu'ils résolvent. Toutefois, face à la pratique grandissante d'insérer de telle clause dans les connaissances, la position des juridictions s'est assouplie²⁵³. Le revirement de jurisprudence de la Cour Suprême américaine n'a eu lieu que récemment dans l'arrêt *Bremen c. Zapata*²⁵⁴. Les clauses de juridictions qui étaient considérées inapplicables en soi, au motif qu'elles représentent une exclusion de la compétence nationale, ont été reconnues valides, à moins qu'elles ne soient contraire à l'ordre public. Il revient au demandeur de prouver que l'application de la disposition est injuste et déraisonnable, ou qu'elle est nulle pour fraude, ou par ce qu'elle est trop générale. Certains pays ont attendu que le choix offert aux parties, pour déterminer la juridiction compétente pour entendre de

²⁴⁸ S.M. Denning, « Choice of Forum Clauses in Bill of Lading » (1970) 2 J. Marit. L. & Com. à la p. 18.

²⁴⁹ *Wood & Salick Inc. c. Compagnie Generale Transatlantique*, 43 F. 2d 941, (2d Cir. 1930).

²⁵⁰ W.L.M. Reese, « The Contractual Forum: Situation in the United States » (1964) 13 Am. J. Comp. L. à la p. 188.

²⁵¹ *Nute c. Hamilton Mutual Insurance Co.*, 72 Mass. (6 Gray) 174 1856. Dans cet arrêt de principe de la Cour Suprême de Massachusetts, la cour refuse de donner effet à la clause de juridiction en déclarant que les règles attributives de compétence sont fixées "upon considerations of general convenience and expediency, by general law".

²⁵² Gilbert, *supra* note 243 à la p. 9.

²⁵³ Dans *Kranger c. Pennsylvania Co.* [2 Cir. 1949, 174 F. 2d 2556], la cour admet la compétence du tribunal désigné dans la clause de juridiction lorsque le choix est raisonnable.

²⁵⁴ *Bremen c. Zapata*, 407 U.S. 1, 32 L.Ed. 2d 513, 92 S. Ct. 1907 (1972).

leur litige, soit reconnu au niveau international, pour modifier leur position; ce qui s'est produit tardivement.

2. Reconnaissance au niveau international

La Convention de Bruxelles de 1924, muette à ce sujet, n'a toutefois pas porté atteinte à l'exécution des clauses juridictionnelles qui s'est progressivement imposée dans la pratique. Le Protocole de Visby de 1968 n'est pas venu clarifier la situation, bien que la question ait été soulevée lors des débats devant le Comité Maritime International. Le recours grandissant à ces clauses a conduit le groupe de travail de la CNUDCI à prendre en considération cette nouvelle donnée du droit maritime. Le texte n'est pas parvenu à dégager une solution très satisfaisante, à cause de la divergence des jurisprudences des Etats parties. L'article 21 al.5 ne reconnaît que les clauses de juridiction rédigées après la naissance du litige. Une telle disposition, innovatrice à première vue, n'est que de faible portée. En effet, si une juridiction se voit saisie, ce n'est pas en vertu de la Convention de Hambourg qu'elle statuera, mais en vertu de du contrat qui lui confère cette compétence. En effet, la volonté des parties est un principe universellement reconnu. La Convention ne pose aucune règle sanctionnant la fraude ou la non-pertinence du tribunal désigné. En réalité, le réel apport du texte s'apprécie par rapport aux juridictions réfractaires à l'admission de la clause d'*electio juris*, qui sont parties à la Convention et qui, tenues par elle, ne peuvent plus refuser d'admettre ce type de clause.

La solution de la Convention de Hambourg surprend car tout en interdisant les clauses attributives de juridictions, elle offre aux parties le choix du tribunal à saisir parmi une liste

non exhaustive qu'elles sont libres de compléter²⁵⁵. Elle reconnaît donc indirectement une clause d'*electio juris* en faveur du demandeur. Pourquoi ne pas l'avoir expressément admise dans tous les cas? Peut être est-ce par ce que les rédacteurs ont considéré que le connaissement est un contrat d'adhésion²⁵⁶ et qu'il fallait protéger la partie la plus faible. Ils ont peut être redouté de ne pas voir leur texte adopté et essayé de ménager les Etats qui ne la reconnaissaient pas encore. L'insertion d'une telle disposition, dans une Convention internationale, a permis aux juridictions nationales de reconnaître plus facilement la pratique des opérateurs maritimes.

La France reconnaît désormais de telles clauses, mais à la condition qu'elles aient été connues et acceptées par le chargeur²⁵⁷. Elle s'est inspirée du droit de la consommation, en considérant que le chargeur, en tant que professionnel, est présumé connaître les risques de la pratique. Le droit communautaire reconnaît, depuis 1984, la validité de ces clauses, même non signées²⁵⁸. Est-ce cela qui a permis à la France d'opérer un revirement de jurisprudence? Au Canada, elles sont également admises. Kearns, J.A. estime que "In our view, the court should honour terms of that sort and give effect to them unless the

²⁵⁵ Article 21 1: "Dans tout litige relatif au transport de marchandises en vertu de la présente Convention, le demandeur peut, à son choix, intenter une action devant le tribunal qui est compétent au regard de la loi de l'Etat dans lequel ce tribunal est situé et dans le ressort duquel se trouve l'un des lieux ou ports ci-après: (...)

d) Tout autre lieu désigné à cette fin dans le contrat de transport par mer."

²⁵⁶ Le professeur Tetley n'est pas de cet avis. Voir *supra* note 47. Le connaissement est un contrat qui exprime la rencontre de la volonté des parties.

²⁵⁷ Remond-Guilloud, *supra* note 1 à la p. 400.

²⁵⁸ Bonassies, obs. C.J.C.E., 19 juin 1984, DMF 1985 à la p. 83. L'article 17 de la Convention du 27 Septembre 1968 impose que le connaissement soit signé et que la clause figure au recto. La Cour reconnaît sa validité par référence à une autre convention, antérieure, qui la prévoit. Le Protocole de Luxembourg du 9 octobre 1978 précise que dans le commerce international la clause doit seulement être prévue en une forme admise par les usages, sages, que les parties sont censées connaître (art. 11).

balance of convenience massively favours an opposite conclusion"²⁵⁹. La majorité des membres de l'Union Européenne²⁶⁰ reconnaît la clause attributive de juridiction, mais sous certaines conditions, car elle représente une atteinte à la souveraineté des Etats. Il en ressort qu'aujourd'hui, dans la plupart des Etats, la clause d'*electio juris* insérée dans un connaissance est valable.

Si la pratique a inséré rapidement des clauses attributives de compétence, afin d'éviter les conflits de juridictions et apporter une certaine sécurité dans leur relation, les tribunaux ont pris plus de temps à les accepter. Il semble qu'aujourd'hui, en matière de commerce maritime, celles-ci soient reconnues dans les Etats les plus importants. Une telle évolution est-elle envisageable en droit aérien?

B. Droit aérien

Si la Convention de Varsovie interdit aux parties de choisir le tribunal qu'elles désirent, l'influence du droit maritime pourrait venir modifier la situation.

1. Convention de Varsovie

En lisant les articles 28 et 32 de la Convention de Varsovie, il ressort que les parties se voient interdire le droit de désigner la juridiction de leur choix pour régler leur différend. Cette position est restée inchangée depuis 1929, mais le texte suscite deux remarques.

²⁵⁹ *Volkswagen Canada Inc c. Auto Haus Frohlich*, [1986] 1 W.W.R. 381.

²⁶⁰ La France, l'Angleterre, l'Allemagne reconnaissent les clauses de juridictions. En France l'article 48 du NCPC ne reconnaît, en droit interne, les clauses de juridiction qu'en matière commerciale. Il ne faut pas qu'elles aient été imposées par une partie, ni qu'elles soient contraire à l'ordre public. *The Eleftheria* [1970] P. 94, *The El Amria* [1981] 2 Lloyd's Rep. 119 et *The Sennar* (No. 2) [1985] 1 W.L.R. 490.

Premièrement, l'article 32 admet la possibilité, pour les parties, de rédiger une clause compromissoire; ce qui constitue une atteinte encore plus importante à la souveraineté des juridictions. En effet, l'arbitre n'a pas de for et agit en tant que juge privé, ne devant rendre de compte qu'à l'égard des parties qui l'ont choisi. Deuxièmement, l'article 32, comme la Convention de Hambourg, ne prend en considération que les clauses antérieures au dommage. Il n'est donc pas interdit, pour les parties, par un accord a posteriori, de désigner un tribunal. La Convention de Varsovie protège davantage le sort de la victime que celui du présumé auteur du dommage. Une telle protection n'est-elle pas excessive, alors que les deux parties, comme en droit maritime, sont toutes deux des professionnels avertis des risques qu'elles encourent?

Dans le contexte économique très compétitif, où la marge de profit est mince, les opérateurs recherchent, avant tout, à éviter de longues et onéreuses procédures judiciaires, en cas de litige. Pour cela, ils recourent aux règlements hors cours. Ceux-ci sont également bien acceptés des tribunaux, qui sont engorgés. C'est peut être pour les promouvoir, ou du moins pour ne pas leur porter atteinte, que l'article 32 de la Convention de Varsovie exclut expressément les accords postérieurs à la survenance du dommage. La clause compromissoire déjoue les critiques relatives à la clause de juridiction qui concerne le coût élevé de la procédure suivie à l'étranger et l'insécurité liée au jugement rendu à l'étranger, sans garantie de le voir exécuter dans l'Etat du demandeur²⁶¹.

Le droit maritime, qui se trouvait dans une situation identique, les reconnaît désormais.

²⁶¹ Wetterstein, *supra* note 194 à la p. 319. Les parties se sont mises d'accord pour que leur litige soit réglé par un arbitre qu'elles ont choisi. Ayant confiance en lui, il n'existe plus de raisons pour qu'elles contestent et s'opposent à l'exécution de sa sentence.

Cela ne révèle-t-il pas une certaine nécessité qui pourrait également se retrouver en droit aérien?

2. Influence du droit maritime

Parmi les avantages de la reconnaissance de la clause attributive de juridiction figurent la possibilité qu'elle a de déjouer la fiction légale d'éviction des juridictions soutenue par la doctrine américaine, de respecter le principe de l'autonomie de la volonté et de conférer au juge un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les critères de rattachement²⁶². Elle permet également d'instaurer un équilibre entre les intérêts du transporteur et ceux de l'expéditeur, qui penche en faveur du premier dans la Convention de Varsovie²⁶³. Elle ne devrait pas être interdite, car la compétence territoriale n'est pas d'ordre public. Toutefois, elle ne peut trouver à s'appliquer en cas de fraude, lorsqu'elle a été imposée par la partie la plus forte, lorsqu'elle est contraire à l'ordre public ou lorsque le forum choisi n'a aucun lien avec le litige, et nuit au bon déroulement de la résolution du litige²⁶⁴. L'insertion d'une telle clause dans un contrat de transport de marchandises par avion permettrait aux opérateurs aériens de ne plus redouter du régime de responsabilité qui leur serait applicable. En identifiant précisément la juridiction compétente, les parties n'auraient pas à rechercher celle qui leur est la plus favorable. Le transporteur, soumis à une responsabilité objective, pourrait, en contre partie, faire reconnaître le tribunal de son domicile compétent, en cas de litige²⁶⁵. Le développement d'une telle pratique ne devrait pas poser

²⁶² Mankabady, *supra* note 219 à la p. 102.

²⁶³ En droit maritime, les clauses de juridiction affaiblissent la position des destinataires de la marchandise par rapport au transporteur. Voir Wetterstein, *supra* note 194 à la p. 329.

²⁶⁴ Ces exceptions sont examinées dans la thèse de Fernando Melo. Voir Melo, *supra* note 242 à la p. 22.

²⁶⁵ Il est plus facile et moins coûteux d'avoir à se défendre devant son système judiciaire.

de difficulté, parce qu'en cas de doute, les transporteurs pourraient prendre exemple sur le droit maritime. Ils pourraient ainsi parvenir à modifier les dispositions de la Convention de Varsovie, en banalisant l'insertion d'une telle clause qui n'est reconnue nulle que pour autant qu'une des parties en conteste la validité devant un juge. Le raisonnement suivi en droit maritime pourrait également être transposé en droit aérien. Enfin, les opérateurs du commerce aérien pourraient invoquer la Convention de Bruxelles de 1968²⁶⁶ et la future Convention sur la compétence juridictionnelle et les effets des jugements en matière civile et commerciale²⁶⁷, qui toutes deux admettent la clause d'*electio juris* pour soutenir la validité et l'exécution de leurs stipulations contractuelles.

Si l'insertion d'une clause d'*electio juris* réduit les contestations de compétence ainsi que le *forum shopping*, une autre solution s'offre aux parties qui aboutit à un résultat identique: la clause d'arbitrage. Admise par les textes, seule la pratique aérienne ne semble pas encore l'avoir adoptée.

Section 2: Résolution des conflits hors cours

La clause d'arbitrage est une disposition contractuelle par laquelle les parties s'entendent pour soumettre leur litige devant un arbitre. Elle s'est rapidement imposée en pratique, sans difficulté, car les opérateurs du monde maritime préfèrent soumettre leur différend à un juge privé plutôt qu'à une juridiction nationale. Il n'y avait qu'un pas à franchir entre

²⁶⁶ Article 17.

²⁶⁷ Article 4, intitulé *Election de for*.

saisir le juge, après la survenance du dommage, ou le désigner avant. La reconnaissance des clauses d'arbitrage par les tribunaux a pris davantage de temps que pour celles des clauses d'electio juris. Non seulement elles ont dû faire face aux mêmes critiques mais en plus, elles ont dû surmonter la crainte d'une justice partielle et sans garantie. L'essor de l'arbitrage, en droit maritime, n'a pu être refréné. Il représente aujourd'hui le mode de résolution des litiges le plus utilisé des commerçants. Quelles raisons justifient un tel engouement en droit maritime, alors que les opérateurs aériens ne semblent même pas le prendre en considération? Après avoir analysé le développement de l'arbitrage en droit maritime, nous envisagerons son éventuelle transposition en droit aérien.

A. Droit maritime et arbitrage

1. Développement de la pratique de l'arbitrage

La pratique arbitrale existe depuis le Moyen Age. Elle témoigne d'une bonne entente entre les commerçants. En effet, le commerce repose avant tout sur la bonne foi et la confiance réciproque des acteurs, la pratique et les usages. L'arbitrage s'est considérablement développé, en droit commercial et en droit international, à cause de ses caractéristiques favorables aux opérateurs.

La première divergence, entre le système national et le recours à l'arbitrage, tient à la qualité même du juge. L'arbitre est choisi par les parties pour ses qualités d'impartialité et d'expert. Il n'a pas besoin d'être un magistrat. Souvent, ce sera un homme d'affaires ayant travaillé dans le domaine des opérateurs, ou un professeur. La désignation de l'arbitre, par les parties, installe un climat de confiance propice au maintien de leurs bonnes relations.

La procédure d'arbitrage est confidentielle et plus rapide que celle de la voie de droit commun. La célérité permet aux commerçants de réduire les coûts d'une situation figée. Leur image de marque se trouve également protégée, car les sentences publiées avec l'autorisation des parties sont le plus souvent anonymes. Le recours au juge privé est également moins onéreux que la procédure de droit commun. Il est fréquent que les parties recourent à l'arbitrage pour résoudre un obstacle, alors qu'elles sont encore liées par un autre contrat qui est en pleine exécution. En tant que juge privé, l'arbitre ne défend que leurs intérêts et ne représente pas ceux d'un Etat. Même s'il n'est pas amiable compositeur, il peut assouplir le droit qu'il doit appliquer, en l'adaptant à la convenance des intéressés. L'arbitre peut ainsi interdire des pratiques pour irrégularité ou malhonnêteté que le juge, au nom de la loi, ne pourrait sanctionner. Depuis la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, les parties n'ont plus à craindre que leur décision soit dépourvue de force effective.

L'arbitrage est expressément exclu du champ d'application de la Convention de Bruxelles de 1968²⁶⁸ et du projet de la Convention sur la compétence juridictionnelle et les effets des jugements en matière civile et commerciale²⁶⁹. Une telle position vise à ne pas porter atteinte aux textes existant en la matière. En effet, de nombreuses institutions ainsi que règlements concernant la procédure arbitrale ont été créés afin d'assister les parties. Il est également avancé qu'en pratique, la procédure d'arbitrage tend à devenir plus onéreuse, que parfois les arbitres perdent de leur intégrité et qu'il arrive aux parties de rencontrer

²⁶⁸ Article 1.

des difficultés pour obtenir l'exécution de leur sentence. Ces inconvénients ne semblent pas faire échec au recours grandissant des parties à l'arbitrage.

L'arbitrage s'est développé en droit maritime, car il est à la fois commercial et international. Commercial, en ce qu'il met en cause les intérêts du commerce, et international, en ce qu'il contient au moins un élément d'extranéité: les parties sont souvent de nationalités différentes; les navires et marchandises circulent entre divers pays, non pas seulement pour l'exécution du contrat mais également à cause de l'activité des intéressés²⁷⁰. L'arbitrage s'impose en matière d'affrètement. Il est rare de trouver une charte-partie ne contenant pas de clause compromissoire. En matière de contrat de transport, la clause d'*electio juris* était beaucoup plus fréquente que la clause d'arbitrage. Il était très difficile de trouver cette dernière dans un *connaissance*²⁷¹. La tendance s'est depuis inversée, peut être à cause de la Convention de Hambourg de 1978 qui est la première à contenir des dispositions relatives à l'arbitrage maritime, qu'elle assimile à l'arbitrage commercial. La multiplication des arbitrages maritimes institutionnels²⁷² témoigne, également, de l'importance de ce mode de règlement des litiges, en droit maritime.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Roger Jambu-Merlin, « L'arbitrage maritime » dans *Etudes offertes à René Rodières*, Paris, Dalloz, 1981, à la p. 406.

²⁷¹ *Ibid.*

2. Mode de résolution des litiges de droit commun aujourd'hui

A la suite de son amendement par le Protocole de Visby en 1968, la Convention de Bruxelles ne semble pas condamner les clauses compromissoires. L'article 3-8 n'interdit que les clauses qui modifient la responsabilité du transporteur en sa faveur. Il a donc été possible à la CNUDCI d'insérer des dispositions en matière de juridictions. L'article 21 du texte maritime fixe les règles de compétence. La licéité des clauses compromissoires est prévue à l'article 22. L'article 21, en développant les règles de compétence judiciaire, aurait pu être interprété comme excluant l'arbitrage. C'est pourquoi, selon M. Jambu-Merlin, l'article 22 a été inséré. Il permet également de mettre un terme à l'insécurité qui découlait de l'insertion d'une clause compromissoire dans une charte-partie, dont les effets sont étendus au connaissance à l'égard du transporteur qui ne peut pas invoquer les dispositions du contrat de transport à l'égard des tiers.

L'article 22 pose comme condition à la reconnaissance de la clause compromissoire qu'elle soit mise par écrit. Aucune distinction n'est apportée quant à la nature du différend qui peut être soumis à l'arbitrage. Comme en droit aérien, il doit avoir lieu sur l'un des territoires déterminés par l'article 21²⁷². L'article 22 tolère qu'il se déroule dans tout autre lieu désigné à cet effet, dans l'accord. Le texte est critiquable car il offre au demandeur une liberté de choix qui porte atteinte à la sécurité juridique. Il est contraire à la disposition précédente, qui identifie les lieux où l'arbitrage devrait se dérouler. Une telle interprétation

²⁷² A titre d'exemples: la Chambre arbitrale maritime de Paris de 1966 ou the Society of Maritime arbitrators à New York.

²⁷³ Le forum arresti, rajouté à l'article 21, n'est pas reconnu en matière d'arbitrage. Toutefois, la saisie conservatoire conserve son rôle de critère de rattachement permettant de justifier la compétence de l'instance saisie du différend.

n'incite pas les armateurs à insérer, dans le connaissement, une clause compromissoire²⁷⁴. Pourtant, la jurisprudence révèle que la pratique a pris les devants et, avant même que cette Convention n'entre en vigueur, certains Etats avaient déjà modifié leur position en admettant, désormais, ces clauses dans le contrat de transport²⁷⁵.

Après avoir tenté de limiter géographiquement le lieu où l'arbitrage peut se dérouler, l'article 22 pose une règle de conflit de loi qui impose, à l'arbitre, d'appliquer le texte international²⁷⁶. Il semblerait que la disposition ait été insérée afin de favoriser son admission dans les contrats de transport maritime²⁷⁷. L'alinéa 5 précise que les paragraphes 3 et 4²⁷⁸ contiennent des dispositions impératives. Il n'est pas possible d'y déroger²⁷⁹. Le compromis est admis sans condition. Le litige étant déjà né, les parties peuvent l'apprécier pleinement, sans qu'aucun aléa puisse interférer dans leurs prévisions.

L'article 22 permet de résoudre le problème de la reconnaissance des clauses d'arbitrage figurant dans un connaissement. Si elles sont, maintenant, acceptées sans difficultés dans

²⁷⁴ Jambu-Merlin, *supra* note 270 à la p. 408.

²⁷⁵ Aux Etats unis l'arrêt *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. c. M/V Sky Reefer*, [1996] A.M.C. 1189 (ed Va. 1996) reconnaît la clause compromissoire insérée dans un connaissement. En France, la cour de cassation a également reconnu la compétence d'un arbitre issue du contrat de transport. Dans son arrêt du 29 novembre 1994 la cour de cassation a précisé que le destinataire pouvait également se voir opposer les clauses attributives de juridiction pour autant que la preuve de son acceptation a été rapportée.

²⁷⁶ L'article 21, relatif à la compétence de juridiction, est muet sur la détermination de la loi applicable.

²⁷⁷ Certains pays, comme l'Angleterre, ne reconnaissent que les clauses d'arbitrage identifiant le droit applicable. Voir Lüddeke et Johnson, *The Hamburg Rules*, 2^{ed}, Lloyd's of London Press, 1995 à la p. 38. Une telle disposition permet de limiter les pouvoirs de l'arbitre qui doit seulement respecter et appliquer la volonté des parties. Elles sont obligées de faire d'avantage attention à la rédaction de leurs clauses pour en assurer la validité. La solution du texte a comme effet positif de rendre la résolution des litiges plus rapide car l'arbitre n'a pas à déterminer le droit applicable.

²⁷⁸ Article 22-5: " Les dispositions des paragraphes 3 et 4 du présent article sont réputées incluses dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte qui y serait contraire est nulle."

les rapports entre le transporteur contractuel et l'expéditeur, rien n'est dit à propos du transporteur de fait. Celui-ci pourrait-il se voir opposer la clause d'arbitrage, alors qu'il n'en a peut-être même pas eu connaissance²⁸⁰? La disposition de l'article 22 de la Convention de Hambourg bénéficie aux expéditeurs et destinataires qui n'assurent pas leurs biens. La situation est différente pour les propriétaires des marchandises qui sont généralement assurés. Si, par conséquent, cette disposition ne risque pas d'affecter la pratique, elle peut toutefois aider à diminuer le coût des disputes²⁸¹.

Les caractéristiques de l'arbitrage en font un mode très approprié pour la résolution des conflits du commerce international. Il maintient la relation de confiance entre les parties, en leur permettant d'être jugées par un de leur pair. Il cherche, avant tout, à résoudre la discorde, en préservant la relation future des partenaires commerciaux. La rapidité de la procédure ne nuit pas à l'exécution des activités en cours, ce qui est primordial en matière de transport. La confidentialité de cette procédure a également conquis les acteurs qui craignaient pour leur image de marque. Aussi, présent en droit maritime, l'arbitrage ne pourrait-il pas se développer en droit aérien, dont les objectifs et techniques sont similaires? Le droit maritime semblerait encore détenir une certaine emprise sur la pratique aérienne.

²⁷⁹ Ces deux dernières dispositions ont été rajoutées dans la nouvelle version de la Convention de Varsovie de 1999.

²⁸⁰ L'article 10-3 de la Convention de Hambourg protège le transporteur de fait contre toute clause du contrat qui ne serait pas par écrit et qu'il n'aurait pas acceptée. C'est la jurisprudence de la cour de cassation. Voir *Sky Reefer*, supra note 275.

²⁸¹ *Rapport de la C.N.UD.C.E.D. sur The Economic and Commercial Implications of the Entry Into Force of the Hamburg Rules and the Multimodal Transport Convention*, TD/B/C.4/ 315, 19.

B. Droit aérien et accords de règlement

S'il ressort du système varsovien que les pratiques du droit maritime se retrouvent en droit aérien, le caractère public de ce droit, ainsi que l'importance de l'indemnisation des victimes d'accident, ont fait évoluer la pratique dans un autre sens. Bien que l'arbitrage ait été admis depuis 1929, il n'a pas connu le même essor qu'en droit maritime. Toutefois, il semblerait que la situation soit à même de changer.

1. Convention de Varsovie

La Convention de Varsovie, dès sa première version, reconnaît la clause compromissoire uniquement en matière de transport de marchandises²⁸². A la différence de la Convention de Hambourg, les parties ne doivent pas attendre la survenance du litige pour déterminer s'ils le soumettent à un juge privé ou judiciaire. Sa résolution peut ainsi gagner en rapidité car les parties ont déjà surmonté une des difficultés qui est d'identifier la juridiction compétente²⁸³. Toutefois, la clause compromissoire n'est admise que si l'arbitrage se déroule dans l'un des lieux de compétence des tribunaux prévu à l'article 28²⁸⁴. Cette disposition surprend, car l'intérêt de l'arbitrage repose sur son indépendance et sa neutralité par rapport à tout système juridique. Il n'a pas de for. Les sentences qu'il rend sont dépourvues de valeur juridique. C'est au nom de la bonne foi et de leur confiance réciproque, que les opérateurs se plient à la décision de l'arbitre. En cas de différend

²⁸² Article 32: "(...) Toutefois, dans le transport des marchandises, les clauses d'arbitrage sont admises, dans les limites de la présente Convention, lorsque l'arbitrage doit s'effectuer dans les lieux de compétence des tribunaux prévus à l'article 28, alinéa 1."

²⁸³ Il est souhaitable qu'elles identifient également la loi applicable à la clause compromissoire car celle-ci est indépendante juridiquement du contrat. La désignation du droit applicable à toutes leurs relations est très importante car cela permet d'éviter un litige supplémentaire ainsi que le *forum shopping*.

²⁸⁴ L'article 22 de la Convention de Hambourg contient une disposition similaire.

concernant son exécution, le demandeur réclamera son exequatur à la juridiction de l'Etat sur le territoire duquel il veut lui donner plein effet. La sentence acquiert alors l'autorité de la chose jugée. Le lieu, où celle-ci est rendue, importe peu. La disposition de l'article 32 est en faveur du demandeur, car il lui sera plus facile d'obtenir l'exequatur de la sentence si elle est rendue sur le territoire d'une juridiction identifiée à l'article 28 qui possède un lien de rattachement avec le litige.

Le compromis est également admis par la Convention de Varsovie. L'article 32 n'interdit que les clauses antérieures au dommage²⁸⁵. Il n'a pas à se dérouler dans l'un des lieux prévus à l'article 28, alors que, pourtant, l'arbitre saisi après la survenance du litige dispose des mêmes pouvoirs que s'il avait été désigné antérieurement. Il ne devient pas amiable compositeur et doit, toujours statuer en droit et non pas en équité²⁸⁶. Quel intérêt y a-t-il alors à limiter géographiquement l'arbitrage lorsque celui-ci est décidé antérieurement? Est-ce pour protéger la victime?

Transportée par voie de mer, une cargaison est vouée à être ballottée dans un milieu humide pendant une longue durée. Jointes aux aléas de la navigation maritime, ces caractéristiques justifient le développement de l'arbitrage en droit maritime qui assouplit le système conventionnel en vigueur. Le transporteur aérien, qui est soumis à un régime

²⁸⁵ Article 32: "Sont nulles toutes clauses du contrat de transport et toutes conventions particulières antérieures au dommage par lesquelles les parties dérogeraient aux règles de la présente Convention soit par la détermination de la loi applicable, soit par une modification des règles de compétence."

²⁸⁶ L'amiable compositeur est un juge privé désigné par les parties qui a pour mission de résoudre leur litige sans obligatoirement recourir au droit. Il peut fonder sa décision sur le bon sens et l'équité.

similaire à celui de son homologue maritime depuis 1978²⁸⁷, n'a pas recours à ce procédé bien que l'article 32 lui en reconnaisse le droit. La présence de l'arbitrage, dans la Convention de Varsovie, s'explique par l'influence qu'exerçait le droit maritime au début du siècle sur le droit aérien. Sa faible utilisation se justifie par la plus grande sécurité du transport aérien. La marchandise est généralement transportée dans la soute, lors de vols commerciaux de passagers. La plupart des marchandises ne se voient pas affrété un avion pour atteindre leur destination, à la différence de ce qui se passe en droit maritime. L'importance des progrès techniques bénéficie également aux transports des marchandises. Il en résulte un meilleur entretien des moyens de transport et une plus grande vigilance.

Si, jusqu'à l'entrée en vigueur du Protocole de Montréal, les transporteurs avaient la faculté de recourir à l'arbitrage afin de tenter de s'exonérer de toute responsabilité, le nouveau texte leur impose une responsabilité de plein droit, avec une limite plus élevée que celle que connaît le droit maritime. Le recours à l'arbitrage n'a donc plus de raison d'être, puisque l'expert, choisi par les parties, ne peut plus apprécier la situation avec justesse et tempérer l'attribution des dommages. Paradoxalement, la version de la Convention de Varsovie de 1999 contient une nouvelle disposition en matière d'arbitrage. Son nouvel article 34 admet la clause compromissoire en exigeant qu'elle soit écrite. Elle n'est reconnue qu'en matière de contrat de fret, pour des différends relatifs à la responsabilité du transporteur. Le déroulement se fera, comme précédemment, dans un des lieux des tribunaux compétents en vertu de l'ancien article 28. Le nouveau texte

²⁸⁷ Ils sont tenus pour responsables des dommages causés à la marchandise à moins qu'ils ne parviennent

spécifie le droit applicable par l'arbitre. Celui-ci est tenu d'appliquer la Convention de Varsovie. Ces deux dernières dispositions sont impératives, faute de quoi la Convention d'arbitrage est nulle. La solution retenue rappelle celle de la Convention de Hambourg. Le texte n'effectue plus de distinction entre la clause compromissoire et le compromis qui semble admis sans condition. Celui-ci pourrait donc prendre place au bon vouloir des parties, sans qu'elles aient à restreindre leur choix à l'un des lieux des tribunaux compétents. Les dispositions relatives aux juridictions sont impératives²⁸⁸. Ces dernières semblent vouloir promouvoir le recours à l'arbitrage en droit aérien. Pourquoi? Seront-elles suffisantes?

2. Avenir de l'arbitrage en droit aérien

Malgré les textes qui autorisent le recours à l'arbitrage, les transporteurs aériens n'ont pas jugé nécessaire d'y recourir. L'importance des accidents mettant en cause la vie des passagers a conduit la pratique aérienne à préférer le règlement par accord. Trop de sentiments sont en cause pour que la décence tolère le recours à une procédure judiciaire, même arbitrale, à l'égard des victimes, car elle serait trop pénible. Toutefois, avec la nouvelle technique de financement des avions, domaine moins émotif, l'arbitrage semble faire ses premiers pas. Son admission, dans les rapports entre transporteurs aériens et

à rapporter une des preuves exonératoires énumérées par les Conventions.

²⁸⁸ Article 49: " Sont nulles et de nul effet toutes clauses du contrat de transport et toutes conventions particulières antérieures au dommage par lesquelles les parties dérogeraient aux règles de la présente Convention soit par une détermination de la loi applicable, soit par une modification des règles de compétence."

expéditeurs/destinataires de marchandises, ne devrait plus tarder²⁸⁹. Le droit aérien est un droit récent. Il lui faut donc du temps avant que l'arbitrage trouve sa place dans la pratique. La *lex mercatoria*²⁹⁰, qui joue un rôle très important dans le commerce et qui a permis d'y imposer ce mode de résolution des litiges, peut influencer les usages du droit aérien. Peu importe qu'il s'agisse d'un domaine particulier, car les commerçants recherchent toujours la même chose, qui est d'obtenir la meilleure place sur le marché en protégeant leurs intérêts. Le seul obstacle qui pourrait nuire à l'essor de l'arbitrage en droit aérien est l'assurance. Si les parties assurent leurs biens, l'insertion d'une clause compromissoire, dans leur contrat, devient superflue puisque le différend se déplace au niveau des assureurs. La même situation s'est posée en droit maritime, et pourtant cela n'a pas empêché à l'arbitrage de continuer à être aussi populaire. Son recours, en matière de transport de marchandises par air, ne semble pas absurde. Il suffit d'observer les similitudes qui existent entre le droit aérien et le droit maritime, et de voir le rôle important qu'il joue dans le règlement des différends de ce dernier. Les mêmes avantages décrits, en droit maritime, se transposent en droit aérien. Les compagnies aériennes n'auraient pas à craindre, pour leur image, car les sentences sont confidentielles. La procédure serait plus rapide que celle devant les tribunaux et les parties auraient moins à s'inquiéter, car ce que l'arbitre recherche, avant tout est le maintien des relations d'affaires.

²⁸⁹ Une place importante devrait désormais être accordée à l'arbitrage dans la résolution des conflits des opérateurs aériens, en matière de dommages causés à la cargaison, depuis qu'ils ont osé y recourir en matière de financement. La première étape vers sa reconnaissance générale vient d'être franchie.

²⁹⁰ La *lex mercatoria* est un droit commercial international dont le contenu serait autonome par rapport aux systèmes étatiques de droit commercial. C'est un droit propre à la communauté des négociants internationaux qui est formé de l'ensemble des usages, des règles et pratiques des opérateurs du marché commercial et financier international. Voir Jacques Béguin, *L'arbitrage commercial international*, Montréal, Yvon Blais, 1987 aux pp. 20 et 58.

La multiplicité des régimes de responsabilités a porté atteinte aux relations entre les opérateurs. Les dispositions des Conventions identifiant les juridictions compétentes n'ont pas suffi à garantir la sécurité recherchée par les transporteurs, qui ont recouru à la pratique du *forum shopping* pour tirer avantage de la situation, et protéger leurs intérêts. La courtoisie des juridictions à déclinier leur compétence en faveur d'une autre n'a fait qu'augmenter l'insécurité des relations, même si la théorie du *forum non conveniens* vise à rendre une meilleure justice. Afin de limiter tant d'imprévision, il semble que la solution la plus juste soit de permettre aux parties de déterminer à l'avance le mode de résolution de leur litige. Le but est de remédier à une situation bloquée tout en préservant un climat d'entente qui a pris longtemps à s'installer. Le *forum shopping* est ainsi combattu, car aucune partie ne prend avantage sur l'autre. Deux options s'offrent à elles: la clause d'*electio juris*, qui désigne un juge de droit commun, ou la clause compromissoire, qui nomme un juge de droit privé. Le droit maritime semble pouvoir encore exercer une grande influence sur le droit aérien. En effet, si le choix d'un juge est interdit avant que le litige ne naisse en droit aérien, la pratique peut conduire à la modification des textes, comme cela a été le cas en droit maritime. L'influence la plus significative concerne l'arbitrage. Bien qu'il ne soit pas interdit par la Convention de Varsovie, les opérateurs aériens n'y ont jamais eu recours. Avec son apparition dans le financement des avions, les transporteurs aériens risquent de se pencher sur la pratique maritime, afin de mieux considérer son intégration pour régir leurs relations. Il faudra attendre, avant d'apprécier son impact, car le droit aérien est récent et il faut lui laisser le temps d'évoluer. La Convention en matière de transport multimodal de 1980 apparaît être le meilleur indicateur de ce que la pratique de ces deux modes de transport sera dans l'avenir. Allons-nous

entrer dans l'ère de la domination aérienne ou le droit maritime va-t-il maintenir son influence?

TROISIEME PARTIE:

TRANSPORT COMBINE

I. Identification du transport combiné aujourd'hui

Le monde des transports a connu jusqu'à présent plusieurs phases liées au progrès technique. Chaque avancée a permis, au commerce, de se développer et de faciliter les échanges, ainsi que les rapports entre les hommes. Après la maîtrise de la terre, l'homme est parti sur les flots puis a conquis l'air. Aujourd'hui nous sommes entrés dans l'ère du transport multimodal. Qu'est-ce? Le transport multimodal, dit également inter-modal ou combiné, consiste à acheminer des marchandises en vertu d'un titre unique, en utilisant au moins deux modes de transport soumis à des régimes différents²⁹¹. Aujourd'hui, 70 à 80 % des transports sont pris en charge par des professionnels, qui les assument de bout en bout, en combinant les voies maritimes, aériennes, routières et ferroviaires²⁹², le but étant de réduire les coûts²⁹³. Si le droit maritime, comme nous l'avons vu, a perdu de son influence à l'égard du droit aérien, et que les rôles se sont inversés en matière de responsabilité, tel n'est pas le cas pour la résolution des conflits de juridictions. Les deux

²⁹¹ Rodière et du Pontavice, *supra* note 36 au n° 394-12. L'article 1 de la Convention des Nations Unies sur le transport multimodal international de marchandises signée le 24 mai 1980 à Genève, le définit comme: "le transport des marchandises effectué par au moins deux modes de transports différents, en vertu d'un contrat de transport multimodal, à partir d'un lieu situé dans un pays où les marchandises sont prises en charge par l'entrepreneur de transport multimodal jusqu'au lieu désigné pour la livraison dans un pays différent".

²⁹² Mercadal, « "Le transport multimodal et le concept de l'OMT, à propos du contrat Organisateur de Transport Multimodal" » (1986) Bull. Transp. à la p. 277.

²⁹³ Utiliser un mode de transport unique pour transporter la marchandise à destination revient souvent plus cher que de recourir à différents modes de transport en fonction des tarifs compétitifs proposés dans

droits se consultent mutuellement pour dégager les règles les plus favorables à la victime, tout en ménageant les intérêts du transporteur. La pratique maritime devrait convaincre les opérateurs aériens à recourir à l'arbitre, afin de régler leurs différends. Quelles règles vont avoir à s'appliquer si des marchandises sont transportées à la fois par air et par mer?

La Convention de Varsovie contient des dispositions en matière de transport combiné, depuis 1929, à la différence des textes maritimes qui sont silencieux. Elle distingue le régime du transport aérien, qui seul relève de son champ d'application, du reste de l'opération²⁹⁴. Afin de mettre un terme au chaos né des différents systèmes régissant les divers types de transports, la Chambre de Commerce International, ainsi qu'un groupe de travail des Nations Unies, ont élaboré plusieurs textes. La première a adopté, dès 1973, des règles spécifiques, mais dépourvues de valeur législative. Le second a élaboré la Convention sur le transport multimodal international de marchandises ou Convention de Genève du 24 mai 1980, qui n'est toujours pas entrée en vigueur²⁹⁵. L'idée qui sous-tend ces documents, est de soumettre le transport effectué par différents moyens à un même et unique régime, afin de supprimer toute ambiguïté quant aux règles applicables²⁹⁶. Le transport devient l'objet d'un contrat unique et relève de la responsabilité d'une seule personne, l'entrepreneur de transport multimodal.

les différents pays à traverser pour acheminer la cargaison. Le transport combiné s'est surtout développé à cause de la conteneurisation.

²⁹⁴ L'article 31 limite, en cas de transport combiné, l'application de la Convention de Varsovie au transport par air.

²⁹⁵ Afin que la Convention sur les transports multimodaux internationaux entre en vigueur il faut que 30 Etats la ratifient. Elle a été adoptée à Genève le 24 mai 1980 par la C.N.U.D.C.E.D.

²⁹⁶ Il faut rappeler que la limite de responsabilité en droit aérien est plus élevée que celle en droit maritime.

Les questions de droit applicable et de compétence de juridictions sont des sujets très sensibles en matière internationale. Comme nous l'avons vu, la discorde découle de la divergence des intérêts en cause. Quelle loi appliquer et quelle juridiction saisir puisque le transport se décompose en plusieurs phases? Ne faut-il pas choisir des règles qui assurent la cohérence de la situation?

II. Résolution des conflits de juridictions en matière de transport combiné

En matière de conflits de juridictions, de toutes les règles et textes adoptés dans le cadre du transport combiné, seule la Convention des Nations Unies aborde la question. A son article 26, elle traite de la compétence des juridictions, et à son article 27, elle admet la clause compromissoire. Examinons plus en détails ces dispositions. Comme en droit aérien et maritime, il est offert au demandeur est offert, à l'article 26, la possibilité de choisir, parmi une liste prédéterminée, le tribunal compétent pour entendre du litige. Il a le choix entre quatre forum: celui du lieu de l'établissement principal du défendeur, celui du lieu où le contrat a été conclu pour autant que le défendeur y ait un établissement par l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu, celui du lieu du chargement ou de déchargement ou tout autre lieu désigné à cette fin dans le document multimodal. Les alinéas suivants rajoutent la compétence du tribunal qui a pris une mesure conservatoire, ainsi que celui choisi par les parties après que le litige soit né. Les critères de rattachement rappellent ceux de l'article 21 de la Convention de Hambourg. La seule différence qui existe entre ces deux textes est l'action *in rem*, qui n'a pas été transposée dans la Convention de 1980, car elle n'est pas répandue en transport aérien ou ferroviaire.

En matière d'arbitrage, l'article 27 reconnaît la clause compromissoire insérée dans un contrat de transport combiné. Le recours à cette pratique n'est pas très fréquente du fait que les juridictions étatiques se préoccupent davantage de régler les problèmes d'intérêt public plutôt que d'entériner un accord privé. La tendance commence à s'inverser. C'est pourquoi une telle disposition a été insérée. Elle ne doit pas permettre de déjouer les dispositions de l'article 26²⁹⁷. L'article 27 reprend l'article 22 de la Convention de Hambourg.

En raison de l'incertitude de la validité des documents en matière de transport multimodal, le contentieux est très rare, les opérateurs préférant transiger et payer à l'amiable²⁹⁸. Il est donc difficile d'apprécier l'impact des règles dégagées. A l'heure de la globalisation, les progrès en matière de technologie ont conduit à l'élaboration de nouvelles techniques qui se retrouvent dans les différents types de transports et réclament l'harmonisation de leur régime. L'unité des systèmes vise à surmonter de façon analogue les difficultés similaires auxquelles les transporteurs internationaux se trouvent confrontés. Les dispositions relatives à la compétence des juridictions de la Convention de Genève en sont un bon exemple. Le but recherché à travers celles-ci a été d'assurer la plus large application possible du nouveau texte international.

Comme le rappelle Wit, ce texte s'est basé, entre autre, sur la Convention de Varsovie. Toutefois, cette dernière offre un choix moins important au demandeur et requiert que le tribunal saisi soit sur le territoire d'un des Etats parties à la Convention. Cette divergence

²⁹⁷ *Rapport de la C.N.UD.C.E.D.*, *supra* note 281 à la p. 51.

ne semble pas de grande importance, puisque parmi les juridictions identifiées par ces textes, certaines se trouvent certainement sur le territoire d'un Etat partie²⁹⁹. La Convention de Genève s'est beaucoup plus inspirée de la Convention de Hambourg³⁰⁰ comme le révèle la similitude des rédactions de ses articles 26 et 27 et des articles 21 et 22 du texte maritime. N'est-ce pas la preuve de la prédominance du droit maritime sur les autres modes de transports? La Convention de Hambourg a servi de source d'inspiration. Elle représente un avancement considérable en matière de droit des transports et reflète le mieux la réalité du monde des opérateurs du commerce d'aujourd'hui³⁰¹. La boucle est alors bouclée. Le droit maritime a influencé le droit aérien, qui à son tour, a inspiré l'évolution du droit maritime (Convention de Varsovie- Convention de Hambourg) à la base du droit du transport combiné(air-mer).

²⁹⁸ Rodière et du Pontavice, *supra* note 36 au n° 394-14.

²⁹⁹ Ralph De Wit, *Multimodal Transport Carrier Liability and Documentation*, New York, Lloyd's of London Press, 1995 à la p. 169.

³⁰⁰ La Convention de Genève a connu les mêmes reproches et difficultés que la Convention de Hambourg lors de son élaboration à cause du conflit entre les pays développés et ceux en voie de développement. Voir Selvig, « The Influence of the Hamburg Rules On the Work For a Convention On International Multimodal Transport », dans *The Speakers' Papers for the Bill of Lading Convention Conference*, New York, LLP, 1978 à la p. 6.

³⁰¹ Rodière et du Pontavice, *supra* note 36 à la p. 165.

QUATRIEME PARTIE:

CONCLUSION

L'homme est curieux et plein de désirs. De tous temps, il a cherché à satisfaire ses besoins et ses envies. Afin d'y parvenir, il a d'abord traversé les différents pays pour regarder ce que la terre avait à lui offrir. Attiré par la mer, il a construit des navires qui lui ont permis de faire le tour du monde. Afin d'aller encore plus loin, tel Icar, l'homme a entrepris de voler. Si les premiers plans d'engins volant, imaginés par Léonard de Vinci, datent du XVIème siècle, leur réalisation n'a été entreprise qu'à la fin du XIXème siècle. Le transport aérien doit attendre la seconde guerre mondiale avant de connaître un réel essor. Depuis, il est quotidiennement utilisé pour le transport de passagers et de marchandises.

Le transport aérien s'est considérablement inspiré de la navigation maritime pour apprécier les risques et intérêts en jeux. Qu'en est-il à l'égard du droit applicable aux relations juridiques de ses opérateurs, en matière de transport de marchandises?

Certains auteurs ont préconisé la transposition des règles maritimes pour régir les opérations aériennes à cause des similitudes qui existent entre les transports. Tous deux mettent à la disposition de tiers un aéronef ou un navire. Ils donnent naissance à des relations à dominance internationales et doivent constamment s'adapter à l'évolution des techniques. L'assimilation de leur deux droit était-elle possible? Une réponse négative doit être donnée car l'évolution du transport aérien lui a permis d'affirmer son autonomie par rapport à la navigation avec laquelle il est désormais en concurrence. Toutefois, les

Conventions internationales témoignent du rapprochement qui a eu lieu entre ces deux droits.

Les textes sont apparus, dans les deux domaines, au début de notre siècle, ce qui est surprenant pour le transport maritime, déjà séculaire, mais très favorable pour le transport aérien dont l'évolution s'est trouvée dès l'origine encadrée. Le droit international aérien a été matérialisé dans la Convention de Varsovie en 1929. Ses rédacteurs se sont inspirés de la Convention de Bruxelles de 1924 relative à l'unification pour certaines règles en matière de transport maritime sous connaissement. Toutefois, l'évolution des transports et l'attention particulière portée à l'aviation a conduit à l'élaboration de règles spécifiques en matière de responsabilité du transporteur aérien qui, répondant mieux aux besoins des relations économiques actuelles, ont fini par être transposées en droit maritime.

En matière de documents de transport, la question de la négociabilité des instruments a été source de conflits. Le droit aérien a préféré la lettre de transport, qui joue le rôle de reçu et de matérialisation du contrat, au connaissement, qui en plus est un titre de propriété. Si elle apparaît également pouvoir répondre aux nouvelles exigences du commerce électronique, elle n'est pas la seule comme en témoigne le « Data Freight Receipt » des opérateurs maritimes.

Les Conventions ainsi que les pratiques mettent en avant l'influence réciproque qu'exercent entre eux les droits aérien et maritime.

Malgré les divergences qui les séparent, ils se trouvent face à un problème identique: la multiplication de leurs textes. Alors que le droit aérien était parvenu à imposer la conservation de l'unité de son système, en imposant l'application de la Convention de Varsovie tel quel, l'évolution des techniques et des pratiques a requis sa réactualisation. Les nombreux amendements lui ont porté atteinte car ils n'ont pas été acceptés par tous les Etats parties. En droit maritime, les textes internationaux nécessitent d'être transposés dans les droits nationaux afin d'être applicables, par conséquent ce sont les adaptations nationales qui leur ont été néfastes. A ces diverses raisons s'ajoutent l'interprétation des Conventions par les juridictions nationales et le recours au droit national pour combler leurs lacunes. Autant de motifs justifient la multiplication des régimes de responsabilité des transporteurs.

Au niveau international, le droit des transports est donc à plusieurs vitesses. Une même situation peut être légalement régie par différents textes. Une grande insécurité plane au-dessus des relations des parties. Elles savent, toutefois, en tirer profit, en choisissant le régime qu'elles souhaitent voir appliquer à leurs intérêts. Une telle pratique nuit d'avantage à la situation juridique qu'aux opérateurs car elle engendre un conflit de juridictions.

C'est dans ce domaine, que le droit maritime exerce encore une certaine influence sur le droit aérien.

Les solutions envisagées pour résoudre les conflits de juridictions dans les textes ne semblent pas suffire car l'option offerte au demandeur conduit au développement du *forum shopping* par les parties ainsi qu'au recours à la théorie du *forum non conveniens* par les juridictions, notamment à cause des différentes appréciations qui sont faites des critères de rattachement retenus. Afin de remédier à la situation, les opérateurs du commerce maritime ont développé plusieurs pratiques grâce aux quelles ils parviennent à défendre leurs intérêts sans porter atteinte aux systèmes juridictionnels nationaux. Les transporteurs aériens devraient prendre exemple sur eux. Il s'agit simplement d'insérer une clause attributive de compétence dans le connaissement, ce qui est devenue chose courante. Pour pallier l'engorgement des tribunaux, à la publicité des jugements et pour bénéficier d'un juge expert, les transporteurs maritimes ont également imposé, par la suite, la reconnaissance de la clause compromissoire, très répandue dans le commerce international.

A la question: que reste-t-il de l'influence du droit maritime sur le droit aérien, nous pouvons désormais répondre que s'il est indéniable que le droit maritime a perdu de son aura, elle n'a pas totalement disparu, comme en témoigne la résolution des conflits de juridictions et surtout le recours à l'arbitrage. Le droit maritime devrait pouvoir continuer à influencer le droit aérien à travers cette pratique qui semble finalement avoir été reconnue par les opérateurs alors qu'elle est admise dans les textes depuis leur origine. Le transport aérien bien qu'à la pointe de la technologie, connaît certaines limites qui l'empêchent de détrôner le transport maritime. Ces deux modes de transports sont

complémentaires et l'ère du droit maritime est loin de toucher à sa fin, comme en témoigne le développement du transport combiné.

BIBLIOGRAPHIE:

I. JURISPRUDENCE

The Ardennes [1950] 2 All. E. R. 517.

Bremen c. Zapata, 407 U.S. 1, 32 L.Ed. 2d 513, 92 S. Ct. 1907 (1972).

Cass. com. 29 novembre 1994, (1995) 47 D.M.F. 209.

De Bloos A.S.p.r.l. Etablissement c. Bouyer S.C.A., Aff. 14/76 [1976] Rec. à la p. 1497.

Douai, 4 janvier 1969, *De Surmont c. Vlacke Co.*, (1969) R.F.D.A. 191.

The El Amria [1981] 2 Lloyd's Rep. 119 (C.A.).

The Eleftheria [1969] 2 All. E.R. 641, [1970] P. 94.

Fabiano Shoe Co. Inc. c. Alitalia 380 F. Supp. 1400 (D.C. Mass.1974).

Gienar c. Meyer [1796] 2H. Bl. 603, 126 E.R. 728 C.P.

Handte c. TMCSI, C-26/91, [1992] Rec. C.E. I-3967.

Paris, 2 mars 1962, *Herfroy c. Cie Portugaise Airtop*, (1962) R.F.D.A. 177.

Irish National Insurance Co. c. Aer Lingus Teoranta, 739 F. 2d 90 (2d Circ. 1984).

Isbrandtsen Co. c. United States, 201 F.2d 281 (2d Cir. 1953).

International Shoe Co. c. Washington, 326 U.S. 310, 66 S. Ct.154 (U.S. Sup Ct. 1945).

Johnson c. Machielsne [1811] 3 Camp. 44, 170 E.R. 1300 K.B.

Kranger c. Pennsylvania Co., 174 F. 2d. 2556 (2 Cir. 1949).

Lloyd's Register of Shipping c. Société Campenon Bernard, [1995] All E.R. (EC) 531.

Affaire Lotus (1927), C.P.J.I. (Sér. A) n°10 18.

Nute c. Hamilton Mutual Insurance Co., 72 Mass. (6 Gray) 174 1856.

The Sennar (No. 2) [1985] 1 W.L.R. 490.

Stag Line Ltd. c. Foscolo, Mango & Co. [1932] 328 (C.A.); [1931] All E.R. 666.

Stirnemann c. The San Diego, 148 F.2d 141 (2d Cir. 1945).

Vita Food Products Inc. c. Unus Shipping Co. Ltd. [1939] A.C. 277, (1939), L.L. Rep. 21.

Volkswagen Canada Inc. c. Auto Haus Frohlich, [1986] 1 W.W.R. 381.

Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. c. M/V Sky Reefer, [1996] A.M.C. 1189 (ed Va. 1996).

Winsor Adm. c. United Airlines 5 Avi. 18170 (Del. Super. Ct. 1958), 29 JALC 205, 221.

Wood & Salick Inc. c. Compamie Generale Transatlantique, 43 F. 2d. 941, (2d Circ. 1930).

II. DOCTRINE

Monographies

Jacques Béguin, *L'arbitrage commercial international*, Montréal, Yvon Blais, 1987.

Adrian Briggs, *Civil Jurisdiction and Judgments*, éd. par Peter Rees, Londres, Lloyd's of London Press, 1997.

P. Croes, *Trucking Air Cargo: The Application of the Warsaw System to Bimodal Transport*, thèse de maîtrise en droit, Université McGill, Institut de Droit Aérien et Spatial, 1992, [non publiée].

Alan Dashwood, Richard J. Hacon, Robin C.A. White, *A Guide to the Civil Jurisdiction and Judgments Convention*, Boston, Deventer, La Haye, Kluwer International Law, 1987.

Georges Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun*, Paris, Dalloz, 1972.

D. Goedhuis, *National Air Legislation and the Warsaw Convention*, La Haye, Nijhoff, 1937.

L.B. Goldhirsch, *The Warsaw Convention Annotated*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.

Nicholas J. Healy and Joseph C. Sweeney, *The Law of Marine Collision*, Centreville Maryland, Cornell Maritime Press, 1998.

Michel de Juglart, *Traité élémentaire de droit aérien*, Paris, L.G.D.J., 1952.

Lexique termes juridiques, 10^{éd.}, Paris, Dalloz, 1995.

M. Livine, *Droit aérien*, Bruxelles, 1970.

Christof Lüddecke, *The Hambourg Rules From Hague to Hambourg Via Visby*, 2^{éd.}, New York, Lloyd's of London Press, 1995.

Lüddecke and Johnson, *The Hamburg Rules*, 2^{éd.}, Lloyd's of London Press, 1995.

J.L. Magdelénat, *Air Cargo: Regulation and Claims*, Toronto, Butterworth, 1983.

R.H. Mankiewicz, *The Liability Regime of the International Air Carrier*, Anvers, Kluwer, 1981.

Nicolas Mateesco Matte, *Traité de droit aérien-aéronautique*, 3^{éd.}, Montréal, Institut et Centre de Droit Aérien et Spatial, 1980.

Nigel Meeson, *Admiralty Jurisdiction and Practice*, Londres, Lloyd's of London Press, 1993.

Fernando Melo, *Enforceability of Foreign Forum Selection Clauses in Maritime Bills of Lading Under American Law*, thèse de maîtrise en droit, Université McGill, 1996 [non publiée].

Georgette Miller, *Liability in International Air Transport the Warsaw System in Municipal Courts*, New York, Kluwer, 1977.

William W. Park, *International Forum Selection*, Boston, Deventer, La Haye, Kluwer Law International, 1995.

René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, 12^{éd.}, Paris, Dalloz, 1997.

H. Sand, *Choice of law in Contracts of International Carriage by Air*, thèse de maîtrise en droit, Université McGill, 1962, Montréal, [non publiée].

Peter Stone, *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, Londres, Longman, 1998.

William Tetley, *International conflict of laws: Common, Civil and Maritime*, Montréal, International Shipping Publications Blais, 1994.

William Tetley, *Marine Cargo Claims*, 3^{ème} éd., Montréal, International Shipping Publications Blais, 1988.

Aleksander Tobolewski, *The Evolution of the Provisions of the Warsaw Convention Relating to the Carriage of Cargo*, thèse de maîtrise en droit, Université McGill, 1976, [non publiée].

Antoine Vialard, *Droit maritime*, Paris, P.U.F., 1997.

Ralph De Wit, *Multimodal Transport Carrier Liability and Documentation*, New York, Lloyd's of London Press, 1995.

Ouvrages collectifs

Yvonne Baatz, «The Jurisdiction of the English Courts to Determine Cargo Claims and the Lugano Convention» dans *New Carriage of Goods by Sea the Nordic Approach Including Comparisons With Some Other Jurisdictions*, éd. Hannu Honka, Åbo Akademi University, 1997, 283.

K. Bernauw, «Current Developments Concerning the Form of the Bills of Lading-Belgium» dans *Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes, and EDI Systems*, Académie Internationale de Droit Comparé, XIVème Congrès International de Droit Comparé, La Haye, Kluwer Law International, 1995, 87.

Bin Cheng, «The Warsaw System: Mess Up, Tear Up, or Shore Up?» dans Chia-jui Cheng, *The Use of Airspace and Outer Space for All Mankind in the 21st Century*, La Haye, Kluwer Law International, 1995, 105.

James Donovan, «The Existing Problems Under the Hague Rules and the Need For Changes in the United States Legislation» dans *The Speakers' Papers For the Bill of Lading Conventions Conference*, New York, Lloyd's of London Press, 1978, 1.

Kenichiro Hayashida, «Jurisdiction and Applicable Law in Aviation Cases in Japan» dans Chia-jui Cheng, *The Use of Airspace and Outer Space For All Mankind in the 21st Century*, La Haye, Kluwer Law International, 1995, 297.

D.C. Jackson, « The Hamburg Rules and Conflict of Laws » dans *The Hamburg Rules On the Carriage of Goods by Sea*, Boston: Sijthoff and Leyden, 1978, 232.

Roger Jambu-Merlin, « L'arbitrage maritime » dans *Etudes offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, 401.

Harold G. Maier, «Jurisdictional Rules in Customary International Law» dans *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, éd. Karl M. Meessen, Londres, Kluwer Law International, 1996, 64.

Samir Mankabady, « Comments on the Hamburg Rules » dans *The Hamburg Rules on the Carriage of Goods by Sea*, Boston: Sijthoff and Leyden, 1978, 46.

Selvig, «The Influence of the Hamburg Rules on the Work for a Convention on International Multimodal Transport» dans *The Speakers' Papers for the Bill of Lading Convention Conference*, New York, Lloyd's of London Press, 1978, 6.

Peter Wetterstein, «Jurisdiction and Conflict of Laws Under the New Rules on Carriage of Goods by Sea», dans *New Carriage of Goods by Sea the Nordic Approach Including Comparisons With Some Other Jurisdictions*, éd. Hannu Honka, Åbo Akademi University, 1997, 319.

A.N. Yiannopoulos, *Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes and EDI Systems*, Académie Internationale de Droit Comparé, XIVème Congrès International de Droit Comparé, La Haye, Kluwer Law International, 1995, 1.

Articles

Arturo J. Aballi Jr., « Comparative Developments in the Law of Choice of Forum » (1968) 1 NYU J. International and Pol. 178.

Luis Cova Arria, « Legal Obstacles to the Implementation of the Electronic Bill of Lading in Civil Law Countries » (1997) XXXII Eur. Transp. L. 709.

P. Bellet, « L'élaboration d'une Convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du marché commun » (1965) 92 Clunet 833.

L.M. Bentivoglio, « Conflicts Problems in Air Law » (1966) III 119 Rec. des Cours 75.

Michael Bogdan, « Conflict of Laws in Air Crash Cases: Remarks from a European's Perspective » (1988) 54 J. of Air L. 303.

V.E. Bokalli, « Crise et Avenir du connaissance » (1998) 50 D.M.F. 115.

Bonassies, obs. C.J.C.E., 19 juin 1984, (1985) D.M.F. 83.

Kyle Brackin, « Salvaging the Wreckage: Multidistrict Litigation and Aviation » (1992) 57 J.A.L.C. 655.

Adeline Briant, « International Carriage of Cargo: a Comparative Study of the Liability of the Carrier in Maritime and Air Transport Law » (1993) XVIII-I Ann. Air & Sp. L. 47.

Adrian Briggs, « Anti-European Teeth for Choice of Court Clause » (1994) Lloyds M.C.L.Q. 158.

Phillip A. Buhler, « Forum Selection and Choice of Law Clauses in International Contracts: a United States View Point With Particular Reference to Maritime Contracts and Bills of Lading » (1995) 27 U. Miami Inter. Am. L. Rev. 1.

Bin Cheng, « A Fifth Jurisdiction Without Montreal Additional Protocol No.3, and Full Compensation Without the Supplemental Compensation Plan » (1995) XX Air Law 118.

Coffey, « Multimodalism the American Carrier » (1989) 64 Tul. L. Rev. 569.

Berend J.H. Crans, « Article 28 of the Warsaw Convention » (1987) XII Air Law 178.

Carolyn Daigle Wiggins, « Admiralty Jurisdiction Related to Maritime Aviation Accidents » (1982) 48 J.A.L.C. 179.

S.M. Denning, « Choice of Forum Clauses in Bills of Lading » (1970) 2 J. Marit. L. & Com. 17.

I. H. Diederiks-Verschoor, « Some Observations Regarding the Liability of the Carrier in Air and Maritime Law » (1973) VIII Eur. Transp. L. 250.

William Driscoll et Paul B. Larsen, « The Convention on International Multimodal Transport of Goods » (1982) 57 Tul. L. Rev. 193.

Fernandez, « Enforcement of Forum Selection Clauses in Transnational Contract. Is Agreement Possible Between the United States and the European Economic Community? » (1988) 3 Fla. Int'l L. J. 265.

Gerald F. FitzGerald, « The Warsaw Convention as Amended by the Montreal Conference on International Air Law (1975) » (1976) 1 Ann. A.S. L. 49.

Robert Force, « A Comparison of the Hague, Hague Visby, and the Hamburg Rules: Much Ado About (?) » (1996) 70 Tul. L. Rev. 2051.

E. Georgiades, « De la méthodologie juridique pour l'unification du droit aérien international privé » (1972) 26 R.F.D.A. 369.

J.T. Gilbert, « Choice of Forum Clauses in International and Interstate Contracts » (1976) 65 Ky. L. J. 1.

Peter P.C. Haanappel, « The I.A.T.A. Conditions of Contract and Carriage for Passengers and Baggage » (1974) 9 Eur. Transp. L. 650.

Nicholas J. Healy, « United States Admiralty and Shipping Law- Recent Developments » (1984) 30 L. M.C.L.Q. 607.

G. H. Hearn, « Limitation of Liability of International Carriers » (1967) XIII New York Law Forum 520.

J.O. Honnold, « Ocean Carriers and Cargo: Clarity and Fairness- Hague or Hamburg? » (1993) 24 J. Mart.L.& Com. 75.

Wolfgang Hoppe, « Supreme Court at Sea: Twenty Years of Admiralty Jurisprudence » (1993) 24 J. Mart. L. & Com. 671.

François Legrez, « Négociabilité de la lettre de transport aérien » (1949) 3 R.F.D.A. 353.

Albert Lin, « Jurisdictional Splashdown: Should Aviation Torts Find Solace in Admiralty? » (1994) 60 J. of Air L. 409.

Alaka Mandaraka-Sheppard, « The Beacons of Wise Men and Managment of Legal Risks » (1995) 30 J.Mart. L. & Com. 63.

Samuel Robert Mandelbaum, « Creating Uniform Worldwide Liability Standards for Sea Carriage of Goods under the Hague, COGSA, Visby and Hamburg Conventions » (1996) 23 Transp.L.J. 471.

Rod D. Margo, « Recent Developments in Aviation Case Law » (1986) 52 J. of Air L. 119.

Mercadal, « "Le transport multimodal et le concept de l'OMT, à propos du contrat Organisateur de Transport Multimodal" » (1986) Bull. Transp. 277.

Anthony G. Mercer, « The Montreal Protocols and the Japanese initiative: Can the Warsaw System Survive? » (1994) vol. XIX Air & Space law 301.

Michael Milde, « Conflicts of Laws in the Law of the Air » (1965) 11 R.D.McGill 220.

Georgette Miller, « "Compétence" et "jurisdiction" en matière de transport aérien international » (1976) 3 Ann. dr. m.a. 365.

D. E. Murray, « The Hamburg Rules: A Comparative Analysis » (1980) 12 The Lawyer of the Americas 59.

Gordon W. Paulsen, « Forum Non Conveniens in Admiralty » (1982) 13 J.Mart. L. & Com. 343.

Willis L.M. Reese, « The Contractual Forum: Situation in the United States » (1964) 13 Am. J. Comp. L. 187.

Reynolds, « The Concept of Jurisdiction » (1951) 18 Hasting Const. L. Q. 189.

D.W. Robertson, « Admiralty and Maritime Litigation in State Court » (1995) 55 Louisiana L. Rev. 685.

David N. Rogers, « Admiralty Jurisdiction in Canada: Is There a Need for Reform? » (1985) 16 J. Mart. L. & Com. 467.

David M. Sassoon, « Liability for the International Carriage of Goods by Sea, Land and Air: Some Comparisons » (1972) 2 J.Mart. L. & Com. 759.

Armin Schweickhardt, « Lettre de Transport Aérien ou Connaissance Aérien? » (1951) 5 R.F.D.A. 19.

Paul Stephan, «The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law», (1999) 39 Va. J.Int'l L. 743.

William Tetley, « Package and Kilo Limitations and the Hague, Hague/Visby and the Hamburg Rules and Gold » (1995) 26 J. Mart. L. & Com. 133.

William Tetley, « The General Maritime Law-the Lex Maritima » (1994) 20 Syracuse J. Int'l L. & Com 105.

William Tetley « A Definition of a Canadian Maritime Law » (1996) 30 U.B.C. Law Review 137.

G.J Van Der Ziel, « Main Legal Issues Related to the Implementation of Electronic Transport Documentation » (1997) XXXII Eur. Transp. L. 715.

J.G. de Villeneuve, « "Le forum shopping" dans la Convention de Varsovie » (1967) Rev. G. de l'Air & de l'Espace 221.

F. de Visscher, « Les conflits de lois en matière de droit aérien » (1934) II 48 Rec. des Cours 327.

Howard C. Westwood, « Air Transport Rules of Arbitration » (1940) 11 J.A.L.C. 99.

III. DOCUMENTATION INTERNATIONALE

Instruments internationaux

- Droit maritime

Carriage of Goods by Sea Act, 1936, Act Apr. 16, 1936, ch. 229, 49 Stat. 1207 (C.O.G.S.A.).

Comité Maritime International, *Règles sur le connaissance électronique*, Paris 29 juin 1990 .

Comité Maritime International, *Convention Internationale pour l'unification de certaines règles en matière de transports maritimes sous connaissance*, Bruxelles, 25 août 1924 (entrée en vigueur: 2 juin 1931) dite Convention de Bruxelles.

Comité Maritime International, *Protocole D.T.S.*, Bruxelles, 21 décembre 1979.

Comité Maritime International, *Protocole de Visby*, Bruxelles, 23 février 1968.

Organisation Maritime Internationale, *Convention des Nations-Unies sur le transport de marchandises par mer*, Hambourg, 31 mars 1978 (entrée en vigueur: 1 novembre 1992) dite Convention de Hambourg.

- Droit aérien

I.C.A.O., *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, Varsovie 12 octobre 1929 (entrée en vigueur: 13 février 1933) dite Convention de Varsovie.

I.C.A.O., *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, Montréal, 28 mai 1999 (pas entrée en vigueur), DCW Doc N°57.

I.C.A.O., *Protocole portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international signée à Varsovie le 12 octobre 1929*, La Haye, 28 septembre 1955 (entré en vigueur: 1 août 1963), Doc. 7632, dit Protocole de La Haye.

I.C.A.O., *Protocole portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international signée à Varsovie le 12 octobre 1929 amendée par le Protocole fait à La Haye le 28 septembre 1955*, Guatemala, 8 mars 1971 (pas entré en vigueur), Doc. 8932.

I.C.A.O., *Protocole portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international signée à Varsovie le 12 octobre 1929 amendée par le Protocole fait à La Haye le 28 septembre 1955*, Montréal, 25 septembre 1975 (entré en vigueur: 14 juin 1998), Doc. 9148, dit Protocole de Montréal N°4.

I.C.A.O., *Convention complémentaire à la Convention de Varsovie, pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international effectué par une personne autre que le transporteur contractuel*, Guadalajara, 18 septembre 1961 (entrée en vigueur: 1 mai 1964), Doc. 8181, dite Convention de Guadalajara.

- **Transport multimodal**

C.N.U.C.E.D., *Convention des Nations-Unies sur le transport international multimodal de marchandises*, Genève 24 mai 1980 (pas encore entrée en vigueur).

Documents

U.N Conference on trade and development, *The Economic and Commercial Implications of the Entry Into Force of the Hamburg Rules and the Multimodal Transport Convention*, TD/B/C.4/315 (part I) 31 dec. 1987, 54.

DCW Doc No. 12 4/5/99, International Conference on Air Law, Montreal 10 to 28 May 1999, Draft Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, article 27- fifth jurisdiction presented by the Unites States of America, 6.

DCW Doc No. 3317/5/99 sur l'article 27 présenté par la France à la p.3.

CE, *Rapport de M. P. Jenard*, [1979] J.O.C. 59/22.

IV. MEDIA ELECTRONIQUE

Internet

Avant-projet d'une Convention sur la compétence juridictionnelle et les effets des jugements en matière civile et commerciale, approuvé provisoirement par la Commission spéciale le 18 juin 1999, en ligne: Conférence de La Haye de Droit International Privé Exécution des Jugements, Doc. prélim. No 7 avril- octobre 1997 <<http://www.hcch.net/f/workprog/idgm.html>> (date d'accès: 2 septembre 1999).