



HAL
open science

Le droit maritime et l'épreuve de ses sources

Bleunvenn Bernard

► **To cite this version:**

Bleunvenn Bernard. Le droit maritime et l'épreuve de ses sources. Droit. Université de Bretagne occidentale - Brest, 2012. Français. NNT : 2012BRES0083 . tel-02292746

HAL Id: tel-02292746

<https://theses.hal.science/tel-02292746v1>

Submitted on 20 Sep 2019

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

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



université de bretagne
occidentale



THESE / UNIVERSITE DE BRETAGNE OCCIDENTALE

sous le sceau de l'Université européenne de Bretagne

pour obtenir le titre de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITE DE BRETAGNE OCCIDENTALE

Mention : Droit Privé

École Doctorale des Sciences de la Mer

présentée par

Bleunvenn BERNARD

Préparée à l'UMR AMURE

LE DROIT MARITIME ET L'EPREUVE DE SES SOURCES

Thèse soutenue le 3 janvier 2012

devant le jury composé de :

Monsieur Olivier CACHARD

Professeur de droit privé, Université de Nancy / Rapporteur

Monsieur Patrick CHAUMETTE

Professeur de droit privé, Université de Nantes / Rapporteur

Madame Annie CUDENNEC

Professeur de droit public, Université de Bretagne Occidentale

Monsieur Philippe DELEBECQUE

Professeur de droit privé, Université de Paris I Panthéon
Sorbonne / Président du Jury

Madame Cécile DE CET BERTIN

Maître de conférences de droit privé, HDR, Université de
Bretagne Occidentale / Directeur de thèse

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

Remerciements

La vie vous conduit quelques fois à prendre des chemins que vous n'auriez pas imaginés. Des chemins longs et parfois sombres et deux solutions s'offrent à vous : rebrousser chemin ou marcher jusqu'au bout pour retrouver la clarté du jour.
Vous m'avez accompagné jusqu'au bout sur ce chemin.

A Madame Cécile De Cet Bertin pour son aide si précieuse tout au long de mon travail,
A mon père pour son soutien indéfectible,
A ma sœur pour sa relecture assidue,
A ma mère pour ses légitimes inquiétudes de maman,
A Pierre-Emmanuel pour ses encouragements,

A vous tous: Merci. Un petit mot tout simple qui semble bien léger mais qui porte en lui tout le poids de ma pleine et entière reconnaissance.

SOMMAIRE

SOMMAIRE	11
INTRODUCTION	13
PREMIERE PARTIE : LE DROIT MARITIME, UN DROIT PARTICULIER DE SOURCES LOINTAINES	97
<i>Titre 1 : La prépondérance des sources internationales du droit maritime</i>	99
Chapitre 1 : Les fondements factuels de la prépondérance : la réalité de toujours	101
Chapitre 2 : L'internationalité des sources du droit maritime : la réalité d'aujourd'hui	133
<i>Titre 2 : L'Européanisation des sources du droit maritime</i>	163
Chapitre 1 : Au départ, une Communauté timide à l'endroit du droit maritime	165
Chapitre 2 : La mise en œuvre d'une politique maritime.....	185
SECONDE PARTIE : LES SOURCES TROUBLEES DU DROIT MARITIME	221
<i>Titre 1 : Le diagnostic clinique</i>	223
Chapitre 1 : La forte rivalité des sources.....	225
Chapitre 2 : Du désordre des sources aux situations de conflit.....	303
<i>Titre 2 : Vers une démarche thérapeutique</i>	345
Chapitre 1 : Au plan supranational, l'Europe : une thérapie de choc unilatérale et risquée.	347
Chapitre 2 : Un traitement thérapeutique au niveau national.....	407
CONCLUSION	457
BIBLIOGRAPHIE	469
TABLE DES MATIERES	491

INTRODUCTION

Le droit évolue, tel qu'il est, dans une logique de recommencement, perpétuel héritier de lui-même et se nourrissant de son passé. Notre droit, celui dans lequel - ici, maintenant - nous tendons à nous reconnaître, et qui n'est pas bien entendu le seul qui soit au monde, est différent sur des points importants de notre droit d'hier. Il se sera, d'ici demain, sur des points importants, forgé des différences nouvelles. Universels et divers à l'instar du monde habité, *les droits* s'affichent par ailleurs en divers lieux dans leurs différences et leurs points communs. Mais au-delà de cette diversité, reste l'idée même de *Droit*, répandue chez tous ou peut s'en faire : familière et lointaine à la fois. Parfois solennelle aussi : d'où cette tentation de la majuscule. Il est, peut-on penser, moins malaisé d'apprendre à petits pas le droit – le droit maritime ou tel autre au sein du droit général – que de penser le droit. Penser le droit suppose une patiente approche et des prudences de départ : il faut distinguer, soupeser, définir – et donc enserrer tout un lot de mots essentiels, et parfois fuyants, dans un réseau de mots plus familiers. Ceci sans doute est vrai de tout, mais du droit plus que tout.

Nous voulons donc partir de là. *Le droit maritime et l'épreuve des sources*. Le mot *droit* vient de prime abord. Nous devons tâcher de le définir. Une chose bien délicate. Enfermer *le droit* dans la définition claire, exhaustive, acceptée par tous, que d'illustres esprits recherchèrent en vain¹ ? C'est se montrer, sans doute, un peu présomptueux. Mais « *point n'est besoin d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer*². » Peut-être au demeurant suffirait-il *d'approcher* ? Car on pourrait, reprenant en plaisante façon l'image de l'ourson juste né que l'ourse forme en le léchant, soutenir que le droit – quelque origine, *in fine*, qu'on veuille lui donner- lui non plus n'est pas né tout formé : c'est là la diversité dont nous parlions, qui doit dicter la modestie. Suffira-t-il d'avoir défini – disons : d'avoir *identifié* – la notion de *droit* dans sa généralité pour que notre *droit maritime* en soit éclairé ? Le droit maritime est un *secteur du droit général*. Cela n'est thèse ni hypothèse et si la question fut posée, la cause aujourd'hui nous paraît entendue. Pour autant ses particularités sont évidentes et s'imposeront sans mal. L'originalité du droit maritime tient au fait qu'il est sans doute

¹ La non-définition du Doyen Vedel est partout citée, qui – plaisamment – prétendrait renoncer pour s'achever par un vigoureux constat : «... *si je sais mal ce qu'est le droit dans une société, je crois savoir ce que serait une société sans le droit*. » Kant en 1787, dans sa *Critique de la raison pure* écrivait : « *Les juristes cherchent encore une définition pour leur concept du droit* ». Cela n'a pas vraiment changé. Voir à ce sujet Chrétien-Vernicos G., *Introduction historique au droit*. Cours DEUG 1^{ère} année, Université Paris 8 Vincennes - Saint Denis - 2001-2002, cours en ligne.

² Cette phrase énergique est attribuée de façon courante à Guillaume Ier d'Orange dit le Taciturne (1533 -1584), aristocrate d'origine française et de naissance allemande, en qui les Néerlandais reconnaissent « *le père de la patrie* ».

mieux à l'abri de certains des défis de notre époque, mieux armé par ailleurs pour les relever que ne l'est le droit général. Le défi de *l'international*, notamment, lui est connu depuis longtemps. Mais d'autres défis lui seront propres et d'autres questions, pressantes quelquefois, sont à résoudre afin qu'il vive et trouve, à tous bénéfiques, un chemin vers demain. Le droit maritime est particulier, qui « [...]ne se borne pas à adapter les règles générales à [tel] objet particulier, [ce droit] contient un ensemble de règles originales conservées par la tradition ou créées pour des besoins pratiques ; c'est justement pour cette originalité qu'il mérite d'être connu³ .»

D'où vient le droit ? « Pourquoi du droit plutôt que rien ? » pourrait-on dire en caricaturant juste un peu l'interrogation de Leibniz⁴. Au moins s'accorde-t-on pour reconnaître que le droit se place au cœur de toute société. « *Ubi Homo, ibi societas. Ubi societas, ibi jus* » dit le vieil adage latin : « Là où se trouve l'Homme, il y a la société. Là où se trouve la société se trouve aussi le droit ». Cette association semble constante et même impérative. Elle vaut pour le droit objectif, « ensemble des règles régissant la vie en société et sanctionnées par la puissance publique »⁵. Elle vaut pour le droit subjectif, « prérogative attribuée à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation »⁶. Par là, le droit se possède aussi comme une liberté dans ce sens où la sagesse populaire institue que « la liberté des uns s'arrête où commence la liberté d'autrui ». La donne est sociale à tout coup : l'être seul sur une île sans vie n'a pas à questionner ses droits, l'illimité ne se distinguant plus. Sauf à penser – mais c'est ici de la philosophie – que ses devoirs « vis-à-vis de soi » lui cloisonneraient sa liberté⁷.

Le droit, donc, est social en essence. On ne saurait en disconvenir. Ceci pourtant ne tranche pas le vieux débat qui opposa, dans les doctrines juridiques et depuis longtemps, les tenants du naturalisme aux adeptes du positivisme : appartient-il au juriste de penser que le droit, dès l'origine, est taillé de quelque façon, dans l'étoffe éternelle des dieux ? Doit-il songer qu'il est formé de la « poussière » des hommes ? Les premiers cherchèrent dans le droit l'expression d'une prédétermination divine ou l'élan vital de la Nature ou le tréfonds de

³ R. Rodière & E. Du Pontavice, *Droit maritime*, Ed. Dalloz, coll. Précis, 12^{ème} édition, Paris 1997, p. 2. Voir aussi Arnaud Montas *Le rapport du droit maritime au droit commun, entre simple particularisme et véritable autonomie*, DMF 2008. 691.

⁴ Philosophe et scientifique allemand, docteur en droit, (1646-1716) Leibniz pose la question « Pourquoi y a-t-il quelque chose au lieu de rien ? ». Voir à ce propos *l'Encyclopédie Encarta 2006*, article *Leibniz*.

⁵ Guillien R. et Vincent J., *Lexique des termes juridiques*, sous la dir. de Guillien R. et Vincent J., éd. Dalloz, 14^{ème} éd., Paris 2003, p. 239

⁶ Ibid.

⁷ L'idée de devoirs envers soi-même est défendue par le juriste allemand Pufendorfr (1632-1694), auteur des *Devoirs de l'homme et du citoyen*. Voir *Encyclopédie Encarta 2006*, article « Droits de l'homme ».

la nature humaine ; et ces choses-là, sont susceptibles de s'accorder. Les seconds, plus récents, fondamentalement opposés à cette démarche, estiment que *le droit naturel* est une chimère et que l'idée doit en être écartée pour n'accorder d'attention qu'au seul droit que l'homme aura créé. Nous ne trancherons pas ce débat qui, si l'on y réfléchit, pourrait être un *débat* plutôt qu'une querelle. « *Il va de soi, d'ailleurs, que donné et construit se mélangent et s'entrecroisent pour fournir à la vie juridique toutes les directions nécessaires* ⁸ ». Mais ce débat, nous l'aborderons, trouvant là l'occasion de rencontrer Grotius qui est le fondateur, au jugement de certains⁹, de la théorie moderne du droit naturel et l'un des premiers à s'être penché sur notre droit maritime.

Faut-il ici le préciser ? S'interroger sur les *origines* du droit, n'est pas s'interroger sur les *sources* du droit. Le mot *source*, en droit, possède un sens que l'on peut juger différent. Ce n'est pas un sens *juridique* à proprement parler mais un sens en quelque façon *tari* dans l'usage courant : non pas, en valeur abstraite, une cause, un antécédent mais, en valeur originelle, une fontaine où l'on puise, une réserve. A mal le distinguer la doctrine, à l'occasion, pourrait bien s'enliser : parlant parfois de *multiplication des sources*. A notre sentiment, nous le dirons, les sources du droit – la loi, la jurisprudence, etc. – ne sont pas, en tant que catégories, menacées de beaucoup proliférer. C'est la volonté de les capter, de les contrôler, de les placer dans d'autres champs, qui se manifeste aujourd'hui, suscitant des concurrences et des confusions, provoquant – c'est notamment le cas pour le droit maritime – un entassement de normes, un... embouteillage au sein de la source. Et ces sources-là, soulignons-le, seront au cœur de notre propos – c'est en elles et pour bonne part que pourraient se manifester les défis du temps présent. Ce sera donc notre propos de définir et d'examiner ces sources –là : celles qui, dans la durée des jours, apportent l'eau dans les moulins du droit vivant, du droit positif. Ces sources-là sont-elles en rien menacées ? Perverties dans le temps d'aujourd'hui ? Courant risque, déjà, de manques et de tarissements ? D'envasement dans les coulées de boue des trop-pleins ? De détournements de leurs eaux ? Ces questions-là viendront plus tard. Les sources sont du droit formé, du droit disponible. Lorsque nous évoquons le droit maritime et l'épreuve des sources, il faut bien voir que le droit n'est pas *éprouvé par* ses sources et que le trouble des sources est le trouble du droit, le

⁸ Gény F., *Science et technique en droit privé positif*, Ed. Sirey, Paris 1913, p.97. Sur ce point du *donné* et du *construit*, voir aussi l'étude du Doyen Cachard : *Le jaillissement des sources*, in *Droit du commerce international*, Ed. LGDJ, Paris 2008, p. 3 à 14.

⁹ Sur ce point voir Raynaud P et Rials S. (sous la dir. de), *Hugo Grotius*, in *Dictionnaire de philosophie politique*, Ed. Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition complétée, Paris 2003

droit se constituant de ses sources. Les sources sont mises à rude épreuve. Et le droit de ce fait.

Nous nous proposerons, dans les pages qui suivent – et si ardue que la tâche soit - de mieux saisir, d’abord, la notion même de *droit*, demeurant pour le moment sur le plan du droit général (I). Et nous tenterons d’éclairer la notion centrale de sources en distinguant des nuances entre le droit général et le droit maritime (II). Quelques remarques, en fin de parcours introductif, auront pour fonction d’indiquer les chemins que notre réflexion devra prendre. A côté de ces remarques, une question : « *Le droit peut-il mourir ?* » Peut-être est-ce là la question que se posait M. Jean-Denis Bredin dans sa conférence intitulée *Les maladies du Droit*.¹⁰ Cette question, qui habitera notre réflexion comme un écho n’est qu’une autre formulation – peut-être en termes plus incisifs – d’une interrogation suggérée par les souffrances du droit que nous aurons à constater, s’agissant notamment du droit maritime : « *Est-ce grave ?* » Une disparition du droit, radicale, et qui laisserait resurgir cet état d’origine où, selon Hobbes, « *l’homme est un loup pour l’homme* », est très au-delà des interrogations que nous pourrions concevoir. La question se réduit à ceci : « Serions-nous à l’aube de drastiques évolutions qui feraient que le droit, tel que nous le connaissons, pourrait prendre un autre visage ? » Ou cette autre aussi, qui est sa face éclairée : « Le droit maritime éprouvé par la turbulence des sources est-il susceptible de se reconstruire au prix de sources assagies ? » Comment survivra notre droit maritime ?

I. La notion même de droit

Le droit, tel quel, est une notion difficile à cerner dont nous tenterons d’abord une approche intuitive et globale (A). Il sera nécessaire, dans un second temps, de mesurer que vouloir définir, à l’échelle de la planète, un droit commun est illusoire et que le droit dont nous parlerons se perd dans l’irréductible diversité des droits du monde (B). Il nous faudra, enfin, tâcher par un travail de définition de mieux enclore le champ du droit – dans l’intention de mieux situer plus tard les sources, aujourd’hui troublées, qui l’irriguent (C).

A. Des approches intuitives du droit.

Le droit, quand on en fait l’objet de la pensée, se laisse *approcher* plus aisément que cueillir. Il est l’objet *d’approches* au pluriel. Et nous-mêmes allons commencer par là. C’est une chose notable que ce mot, qui accompagne une vie d’homme, est accepté par chacun,

¹⁰ Conférence prononcée le lundi 17 janvier 2005, à 18 heures, en Grand' chambre de la Cour de cassation.

d'ordinaire façon, comme un postulat, comme une antériorité logique. « *Nul n'est sensé*, dit l'adage, *ignorer la loi.* » Nul pourtant, peut-on penser, qui la connaisse entièrement. Si l'adage est défendable au demeurant (chacun voyant clairement qu'il est indispensable à la mise en œuvre du droit positif) c'est que le droit n'a pas besoin d'être pensé - ni même appris - pour être en quelque façon *senti*, pour être en quelque façon *possédé*. S'il fallait s'en convaincre, il suffirait sans doute de mesurer le faible espace que l'école accorde à son enseignement. L'approche immédiate du droit, notamment chez l'enfant qui s'éveille, établit des liens très forts entre *justice* et *droit* (1). Ce rapport s'établit de façon pareille entre *morale* et *droit* (2). Mais le lien directif spontané qui surgit toujours entre le parent qui dispose et l'enfant tenu d'écouter - lien qui tire une bonne part de son efficacité de la pertinence et de la force du commandement - pose aussi le rapport entre le *droit* d'une part et *l'autorité* de l'autre (3). S'agissant de l'approche immédiate du droit nous dirons donc quelques mots de la théorie du *droit naturel* que le *positivisme* est venu contrer (4).

1. *L'intuitive perception du droit, lien du droit et de la justice.*

On peut penser que le rapport entre le droit, tel qu'il se rencontre dans l'enfance, et le sentiment de justice, apparaîtra d'autant plus vite et d'autant plus aisément que l'enfant ne sera pas *unique enfant* mais l'un des enfants d'une fratrie, d'une *société* d'enfants. L'enfant s'insurge assez peu (sauf à envisager, le cas échéant, l'accoutumance initiale à la permissivité) contre la fermeté des lois qui s'imposent à lui : « c'est trop dur », « c'est méchant », « c'est pas gentil » ne sont pas – ne sont guère, au moins – des protestations d'enfants contre le droit parental. « C'est pas juste ! » est plus fréquent, plus souffrant, plus sûr de soi. Le sens du juste et de l'injuste est si précoce dans l'enfant – si spontané chez certains animaux¹¹ – qu'on pourrait penser qu'il est inné. De cette perception *jaillissante* du droit, nous ne tirerons d'autre conclusion que celle-ci : s'il est pertinent, dans une optique positiviste, d'étudier le droit pour lui-même, en lui-même, et sans que la réflexion soit contrainte à s'entraver dans la pensée du *juste*, il est plus difficile au droit vécu, celui des juges et des gens, de s'affranchir de cet intuitif apparemment. D'où le titre, humble et peut-être amusé, que Charles Leben¹², donnait

¹¹ René Sève, président de l'Association française de philosophie du droit, fait apparaître dans son ouvrage, intitulé *Philosophie et théorie du droit* (Dalloz, 2007) que certains animaux disposent d'un sens de l'équité véritable : ainsi du singe capucin qui rejette spontanément la tranche de concombre qu'on lui propose en récompense alors qu'un congénère n'a obtenu qu'un raisin pour une même tâche. [René Sève cite ici l'article « *Inequity Aversions in Capuchins* » publié par la revue *Nature*, vol. 428, 11 mars 2004, p. 139]

¹² Leben C., *Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice*, in *Définir le droit*, tome 2, Droits 1990, p.37. La revue *Droits* tentait l'expérience qui suit : cerner la notion de droit de façon persuasive en priant des juristes connus de rédiger la conception qu'il s'en faisaient, puis établir la synthèse. Aucune synthèse, *in fine*, ne parut possible au vu des contributions trop diverses.

en 1989 à sa contribution personnelle à la revue *Droits*. « *Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice* ».

Convient-il de penser que l'intuitive association qui se fait dans les esprits (d'autres diraient *dans les cœurs*) entre justice et droit, relève de l'illusion ? Si tel était le cas, cette illusion serait peut-être indispensable à la cohésion du corps social. « *Il est dangereux de dire au peuple que les lois ne sont pas justes, car il n'y obéit qu'à cause qu'il les croit justes* » écrit Pascal dans *Les Pensées*¹³. Aussi bien l'administration du *droit* relève-t-elle, dans notre démocratie, du Ministère de la *Justice* et sans doute ne cherche-t-on pas à faire ici mentir les mots. C'est en *disant le droit* que le juge *rend la justice* et sans doute aucun développement ne s'impose-t-il ici sur les imperfections des œuvres d'hommes.

Il est vrai par ailleurs que les champs du *juste* et du *droit* ne se recouvrent qu'imparfaitement – le *droit* qui, sur les routes de France, impose qu'on roule à droite est aussi *juste* exactement que celui qui dispose, en d'autres lieux, qu'on roule à gauche.

L'essentiel n'est pas là. L'essentiel c'est que le droit, dans une société, se trouve tenu d'affronter conjointement plusieurs devoirs solennels : instituer le règne du juste d'une part et, d'autre part, être un ciment pour la société qui s'agrège autour de lui. Jean-Luc Aubert cite le cas de la prescription de la dette et du créancier qui, dans les délais prévus par la loi, n'a pas réclamé le paiement de ce qui lui était dû. Négligence ou générosité patiente à l'égard du débiteur ? Il n'importe : au-delà du délai prescrit, nul moyen d'exiger son remboursement. « *La solution sera parfois injuste. Mais elle répond à un besoin de sécurité de la société (sécurité juridique) : à ne pas l'admettre, on exposerait les débiteurs qui ont payé – grande majorité – mais qui ont égaré leur quittance à devoir payer une seconde fois.* »¹⁴

S'il faut choisir, entre les deux rôles du droit, lequel privilégier ? Pascal, quelque fervent idéalisme qu'on lui connaisse, opte visiblement pour la solidité sociale. « *La plupart des juristes contemporains partagent ce point de vue : dans le conflit qui apparaît entre la nécessité de distribuer la justice et celle d'assurer l'ordre* » estime Geneviève Chrétien-Vernicos, « *cette dernière doit prévaloir.*¹⁵ ». Et si le même auteur, un peu plus loin, signale l'opinion d'un juriste comme M. François Terré qui estime que *le juste* est le premier impératif du droit, c'est en lui faisant reconnaître que le droit « *doit satisfaire* » à la fois « *le juste et le sage* », aboutissant, dans une conclusion qui range ses termes avec intention mais

¹³ Pascal, *Les pensées*, Fragment 100 (Liasse Misère)

¹⁴ Aubert J-L., *Introduction au droit*, Ed. Presses Universitaires de France, 10^e édition, coll. *Que sais-je ?* Paris 2008, p. 10 et 11.

¹⁵ Chrétien-Vernicos., *Introduction historique au droit*, op. cit.

qui pense représenter « *l'opinion générale* » à la synthèse qui suit : « *le droit a pour but de garantir l'ordre et de réaliser la justice* ¹⁶ »

On peut s'étonner cependant de la place exiguë¹⁷, que la doctrine au sein de ses définitions du droit objectif, accorde à l'idée de justice¹⁸ - le terme étant alors entendu dans le sens où il « [...] désigne ce qui est juste » - alors que cette idée, pleinement inhérente à notre droit, l'inspire¹⁹ et le guide : la poursuite de la paix sociale ne peut pas reposer sur le seul respect contraint de prescriptions juridiques, la poursuite de la paix sociale doit reposer sur le sentiment de justice et c'est à ce prix qu'elle entraîne l'assentiment des destinataires des règles de droit, partant leur obéissance.

Convenons, pour en finir avec ceci, que l'antagonisme entre la justice et l'ordre social n'est pas si constant. Ce point-là n'est pas tel qu'il puisse éreinter le droit.

2. *L'intuitive perception du droit, lien du droit et de la morale.*

A l'idée du droit s'associe pareillement, d'immédiate façon, l'idée de la morale - ou bien laïque ou religieuse ou tout ensemble les deux. Le droit se perçoit par là comme un gardien du *bien agir* et l'on parle à juste raison des gardiens du *bon droit* : la justice du chevalier d'antan, d'amour et d'épée, défenseur de la veuve et de l'orphelin, la séduction des justiciers de toujours et de partout, pourfendeurs du mal et toujours vivants dans les littératures et sur tous les écrans (grâce à qui se marient tant soit peu la *droiture* et le *droit*), l'admiration non voilée pour le *bandit d'honneur* – Robin des Bois, Zorro, d'autres probablement - procèdent en manière uniforme, au nom du *bon droit*, de l'exigence morale.

Est-ce rêver, trop rêver, que d'y croire un peu ? Est-il si faux de songer, se donnant le confort passager de quelques idées simples, que la fonction du droit c'est *aussi*, parfois, de récompenser le *bon*, de punir le *méchant* ? Le rapport entre morale et droit se trouve au cœur du débat qui oppose les *naturalistes* et les *positivistes* et nous aurons à y revenir.

S'il fallait établir qu'un apparemment – ne parlons pas d'osmose - existe entre morale et droit, l'idée serait à mettre en avant que, sous certaines conditions, l'une et l'autre pourraient se remplacer. C'est ce que Jean-Luc Aubert souligne : « *On peut observer(...) que dans certaines civilisations – celle de la Chine ancienne, par exemple – la morale (perçue*

¹⁶ Terré F., cité par G. Vernicos Ibid., p.16

¹⁷ Le professeur Jestaz définit nonobstant le droit comme « [...] une forme de pouvoir social érigée en système, qui répudie la force pure et la remplace, au sein d'une instance officielle, par le discours au sens linguistique du terme ainsi que par la référence à l'idée de justice : ce pouvoir suppose ordinairement l'institution d'un juge, la formulation de règles et l'utilisation d'une force socialement canalisée », in Jestaz P., *Le Droit*, Ed. Dalloz, Paris, 2002, 4^{ème} éd., p.24.

¹⁸ Guillien R. et Vincent J., *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 368

¹⁹ Sur ce point voir Terré F., *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 13-14 et p. 153-154

sous l'angle de l'honneur – de la face) rend inutile le droit, lequel est regardé, au mieux, comme un pis-aller qu'il n'y a pas lieu de développer.²⁰ ». Mais à rebours, et c'est toujours le même auteur qui le dit, la Chine d'aujourd'hui, devenue vaste marché, délestée de ses vieilles valeurs par les puissants coups de boutoirs de l'économie, serait conduite à prendre en compte un schéma que lui inspire la mondialisation. S'écartant de sa tradition, la Chine « développe [...] un système de droit de plus en plus élaboré et complet ²¹ ».

Toute interrogation sur les menaces qui, dans le monde tel qu'il va, pourraient peser sur le droit, devra prendre en compte un constat de cet ordre : un effilochement de la référence morale oblige à s'appuyer plus fortement sur *un* droit. C'est un point. L'autre point restant de savoir si dans *ce* droit nous pourrions toujours reconnaître *le* droit - la survivance conjointe de la morale et du droit restant à souhaiter. La morale et le droit, de façons que l'on peut juger semblables, ordonnent une façon d'être et leurs règles ne sont pas dissemblables dans leurs formes qui s'adressent à tous et chacun sur le mode impersonnel. Ce qui leur donne, en apparence au moins, couleur d'universalité.

Pourtant si les règles morales et les règles de droit peuvent atteindre – idéalement s'entend – les mêmes buts, ni leurs *objets* ni leurs *voies* ne sauraient se confondre en rien. « *La règle morale s'adresse à l'individu et tend à sa perfection. Le droit, au contraire, a pour objet le bien de la société, du groupe. Il est normalement amoral : le bien et le mal sont étrangers aux règles du Code de la route (mais non à leur observance, il est vrai).*²² »

Donc il est souhaitable – et nous l'avons aperçu – que la morale accompagne le droit, l'accompagnement n'étant pas superposition des rôles. Et pas non plus subordination.

Il existe, remarque le Professeur Mazeaud, « [...] deux disciplines qui proposent aux hommes des règles de conduite ; il y a la morale, et il y a le droit. La règle de morale a pour but de nous dire ce qui est juste, et aussi ce qui doit être fait par chacun de nous au-delà de la justice, sur le terrain de la charité²³ ; [la règle de droit], elle, a pour but à la fois d'obliger à respecter ce qui est juste, sans pouvoir dépasser la justice, et de nous donner la sécurité »²⁴. Le droit, donc, oblige. Il manifeste une obligation.

²⁰ Aubert J-L., *Introduction au droit*, op. cité, p. 10.

²¹ Idem.

²² Aubert J-L., *Introduction au droit*, op. cité, p. 10.

²³ Le mot « charité » s'utilise ici dans le sens originel, accessoirement religieux, qui désigne l'aptitude à considérer l'intérêt de l'autre avant de considérer le sien propre. La charité, dans le sens où le Professeur Mazeaud l'entend « dépasse la justice »

²⁴ Mazeaud H., *La règle morale et la règle de droit*, extrait du *Cours de droit civil, licence 1^{er} année – Les Cours de droit 1954-1955*, Voir à ce sujet le site Internet *Le droit criminel, droit pénal et procédure pénale*

3. *L'intuitive perception du droit, lien du droit et de l'autorité.*

L'autorité dont il s'agit ne sera parfois que la force – ou la puissance constatée de celui qui dit « *la loi* ». La perception spontanée du droit chez l'enfant, nourrie, confortée de la *coutume* ou tout au moins de l'usage habituel des parents, permet d'imaginer de persuasive façon ce qu'a pu être un droit primitif, un droit notamment des sociétés d'avant l'Histoire, et donc d'avant l'écrit, mais qui peut perdurer dans divers régimes autoritaires ou dans certains points du monde à l'écart de ce que nous appelons « *la modernité* ». Dans le cas d'une société fondée sur l'obéissance on fait, sans possibilité de recours, ce que le commandement *dit* qu'il faut faire. *Hic et nunc*. Ici et maintenant. Point n'est besoin du tout que ce que, nous - dans nos Etats de droit- nous appelons le droit, soit préalablement venu poser dans la durée ses repères et sa sécurité.

Ce « *droit primitif* » dont on peut se demander s'il n'est pas un « *non droit* »²⁵ peut être inspiré par la sagesse et, tel quel, assurer la pérennité comme la sécurité du groupe humain qui se rassemble sous son autorité. Il peut se nourrir de droit naturel. Mais ce droit, si l'on considère au moins les acteurs qui lui donnent chair, n'est pas fait pour vivre éternellement.

Il s'abolit, dans le cas de l'enfant, par l'autonomie de l'âge de raison.

Reposant sur la conquête par la force au sein d'une société archaïque – et qui, peut-être assez souvent, s'entend pour désigner par ce moyen son chef – ce *droit* peut recevoir de la peur de ceux qu'il soumet comme aussi bien du sentiment qu'éprouverait ceux-ci que ce *droit* est *juste*, un soutien qui lui permette de durer. Mais, à terme, il est toujours menacé par la force qui l'institua.

C'est ce que fait valoir, au milieu de XVIII^e siècle, une dizaine d'années avant le *Contrat Social* de Jean-Jacques Rousseau, un article passablement audacieux de Diderot, publié dans *L'Encyclopédie* sous le titre *Autorité politique* : « *Aucun homme n'a reçu de la nature le droit de commander aux autres (...). Si la nature a établi quelque autorité, c'est la puissance paternelle ; mais la puissance paternelle a ses bornes ; et dans l'état de nature elle finirait aussitôt que les enfants seraient en état de se conduire. La puissance qui s'acquiert par la violence n'est qu'une usurpation et ne dure qu'autant que la force de celui qui commande l'emporte sur celle de ceux qui obéissent ; en sorte que si ces derniers deviennent à leur tour les plus forts et qu'ils secouent le joug, ils le font avec autant de droit et de justice*

²⁵ Mais l'Organisation des Nations Unies a consacré les droits de l'enfant dans la Convention Internationale des droits de l'enfant, le 20 novembre 1989.

*que l'autre qui le leur avait imposé. La même loi qui a fait l'autorité la défait alors ; c'est la loi du plus fort. »*²⁶.

C'est dire que cette forme de droit, si elle assure une cohérence au groupe, est inapte à fournir, en façon pérenne, une *définition* pour notre droit. Ce droit ne lie pas des « *égaux en droits* ». Tout au plus peut-il trouver dans la durée la part de légitimité qui naît du consentement²⁷. La durée peut offrir, chacun le sait, peut établir la règle, engendrée spontanément par « *l'usage* » et « *le répété* » : l'habituel étant précisément *normal* – instituant la *norme* - et la coutume étant source du droit. Ce lien spontané qui se manifeste entre la puissance et le droit se découvre inévitablement dans les analyses théologiques du droit naturel. On relèvera, sur un plan voisin que, si le croyant reçoit la loi de Dieu sans que s'éveille en lui la moindre tentation d'en débattre c'est, certes, que cette Loi lui semble être de toute justice et de toute bonté, c'est que sa propre soumission sera jugée dont procédera pour une part son salut, mais c'est aussi qu'on n'argumente pas contre une puissance infinie. Le droit divin *est*. Toute force est en lui. Le droit divin ne se conteste pas. Bien des souverains – quelquefois absolus – l'ont très vite compris.

Le rapport entre la force - ou la puissance – et l'exercice du droit fut maintes fois souligné par de grands témoins. C'est le cas de Jean de la Fontaine, juriste de formation dont les fables sont parfois, dans la forme et le fond, des parodies de procès : « *Selon que vous serez puissant ou misérable / Les jugements de cour vous rendront blanc ou noir* »²⁸ écrit-il dans *Les Animaux malades de la peste* et pareillement, dans *Le Loup et l'Agneau* : « *Les raisons du plus fort sont toujours les meilleures* »²⁹. Mais si La Fontaine examine, à l'aune de son temps, les difficultés qu'éprouve le droit pour être le droit, son contemporain Pascal souligne avec une gravité résignée la nécessité pour le droit de s'appuyer sur la force. Cela ne va pas sans un brin de désillusion :

« Il est juste que ce qui est juste soit suivi ; il est nécessaire que ce qui est fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante, la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants ; la force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force et pour cela faire en sorte que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste.

²⁶ Diderot, *Autorité politique*, article de l'Encyclopédie, 1751

²⁷ C'est dans ce sens que l'on peut lire la suite de l'article de L'Encyclopédie précédemment cité (même en songeant qu'il s'agit, pour Diderot, d'une prudence politique : « *Quelquefois, précise-t-il, l'autorité qui s'établit par la violence change de nature, c'est lorsqu'elle continue et se maintient du consentement exprès de ceux qu'on a soumis mais (...) celui qui se l'était arrogé devenant alors prince cesse d'être tyran* ».

²⁸ La Fontaine, *Les Animaux malades de la peste*, Livre VII, fable 1

²⁹ La Fontaine J., *Le Loup et l'Agneau*, Livre I, fable 10

La justice est sujette à dispute, la force est très reconnaissable et sans dispute. Ainsi on n'a pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice (...). Et ainsi ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste.

Ne pouvant faire qu'il soit forcé d'obéir à la justice, on a fait qu'il soit juste d'obéir à la force. Ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que le juste et le fort fussent ensemble, et que la paix fût, qui est le souverain bien. »³⁰ ...

Cette approche spontanée qui lie la force et le droit se trouve essentiellement présente à l'esprit des juristes. Sans le glaive, en effet, que pourrait la balance ? « *Le droit n'est pas une idée logique mais une idée de force (...) tout droit dans le monde a dû être acquis par le combat*³¹ ». Là, d'origine, pourrait se situer, selon Ihering, le caractère obligatoire et contraignant de la règle de droit.

Ce qu'une approche intuitive attend spontanément de la puissance du droit, ce n'est pas pour autant quelque tyrannie légitimée, c'est sans doute une protection. Ce qu'on attend du droit, dans le besoin, c'est qu'il soit la force du faible. On connaît le jugement de Lacordaire : « *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* »³². Sans doute jugement marqué d'idéal où l'on se réjouira de trouver cependant quelque vérité. Le droit met-il sa force - autant qu'il le faudrait, toujours - au service actif du *bon droit* ? Jean-Luc Aubert retient deux vérités : « *La première est que la quête d'un idéal est dans la nature de l'homme et que cela ne peut-être sans incidence sur le droit. La seconde est que le droit paraît bien être le produit d'un conflit, d'une lutte (...) Certes, la règle de droit doit tendre à un idéal ; il serait en revanche dangereux de croire qu'elle en procède : elle est le produit d'un projet politique, plus ou moins bien défini et représentant plus ou moins bien la volonté dominante du corps social*³³ ».

Les approches spontanées du droit sont donc aussi, nous le voyons bien, dans le débat juridique. Un rapport entre droit, justice et morale est plus volontiers souligné par les tenants du droit naturel et le rapport de forces est à chercher surtout chez les positivistes.

³⁰ Pascal, *Les Pensées*, in Anthologie Lagarde et Michard, XVII^{ème} siècle, Ed. Bordas, p. 153.

³¹ Ihering, *Le Combat pour le droit*, cité par Aubert J-L., *Introduction au droit*, op. cité, p. 14.

³² Lacordaire 1835, cité par Quillet P., *Religions et philosophie : anthologie de textes*, Ed. Maisonneuve et Larose, Paris 2000, p.24

³³ Aubert J-L., *Introduction au droit*, op. cité, p. 16.

4. *L'intuitive perception d'un droit naturel.*

L'enfant, qui sait s'il a ou s'il n'a pas « *le droit* », se situe spontanément dans le champ de l'autorisé comme de l'interdit, du droit mais donc aussi du devoir. Et ce droit *subjectif* de l'enfant, susceptible de varier parce qu'il est réglé sur le bon vouloir et le discernement des parents, permet de s'approcher du concept de droit, l'appréhendant sur le mode originel d'un *droit ressenti*. Savoir si l'on peut distinguer, dans cette infuse familiarité, quelque adminicule d'un « *droit naturel* » est un débat que nous ne saurions approfondir ici ; mais nous ne souhaitons pas esquiver non plus cette opposition qui surgit entre les *positivistes* d'une part - aujourd'hui très majoritaires et riches aussi de leur contribution fondamentale - et ceux qui, d'autre part, jugeraient dans leur approche du droit que toutes les profondeurs du droit, peut-être bien, ne sont pas toujours émergées : ceux-là sont les *naturalistes*. Ces deux approches, assises sur des convictions, sont entre elles opposées. Les grandes voix qui les ont formulées ne sont pas, le plus souvent, des voix de juristes et les juristes ont simplement choisi telle ou telle adhésion : l'option naturaliste (a), l'option positiviste (b) - sauf à refuser de choisir.

a. L'option naturaliste

Du côté des naturalistes, on regarde le droit comme ayant un aspect *dualiste* : en amont du droit *positif*, qui est celui de l'heure et du lieu, se mélangeant à lui dans des osmose subtiles, existe un droit *naturel*, supérieur, universel, immuable éventuellement, mais toujours guide du droit positif. Le droit *naturel* est déterminé par l'idée de justice : une quête du juste et du bien.

Les théories du droit naturel – le pluriel permettant essentiellement de prendre en compte une évolution qui se manifeste au fil de l'Histoire – ont en commun de rechercher l'origine du droit dans un nombre restreint de principes pérennes : Dieu, la Nature ou la nature humaine, ou la raison, le désir intemporel de bonheur ; et ces principes, assez souvent, sont associés : qui croit par exemple à l'idée d'un Dieu créateur – et le Dieu des philosophes³⁴ à l'occasion rend des visites aux sages de l'antiquité – jugera qu'il a semé ses lois dans la nature et déposé dans l'homme un essentiel des ressorts humains. Si la théorie du droit naturel s'est colorée des aléas de l'histoire – et sans doute est-ce le cas de toute pensée traversant le temps des hommes - il semble possible d'y découvrir un grand fonds de stabilité.

³⁴ Le Dieu des philosophes est l'Idée, le principe de Dieu, nécessaire au raisonnement du penseur mais laissant la question de « *l'être* » à l'état d'hypothèse.

Présente dès l'Antiquité, la théorie du droit naturel apparaît chez les Grecs sous la plume de penseurs aussi divers qu'Héraclite - lequel estimait que « *toutes les lois humaines sont nourries par une seule divine, qui domine autant qu'elle le veut, qui suffit à tout et vient à bout de tout* »³⁵ - que Sophocle – on se rappellera la « petite » Antigone, enhardie soudain devant Créon : « *Je ne croyais pas, certes, que tes édits eussent tant de pouvoirs qu'ils permissent à un mortel de violer les lois divines : lois non écrites, celles-là mais intangibles. Ce n'est pas d'aujourd'hui ni d'hier, c'est depuis l'origine qu'elles sont en vigueur, et personne ne les a vu naître* »³⁶ - ou qu'Aristote enfin qui stipule que la nature « *ne fait rien en vain, [que] seul parmi les animaux l'homme a [...] la perception du bien, du mal, du juste, de l'injuste* »³⁷. Ainsi le droit serait une combinaison du droit naturel et du droit créé, ce dernier traduisant les variables besoins de la cité. « *Par loi, j'entends d'une part la loi particulière ; de l'autre la loi commune ; par loi particulière celle qui, pour chaque peuple, a été définie relativement à lui ; et cette loi est tantôt non écrite, tantôt écrite ; par loi commune, j'entends la loi naturelle* »³⁸.

La théorie du droit naturel est reprise par les latins, notamment Cicéron³⁹ qui juge que le droit naturel est marqué par son universalité pérenne. Il y a, dit-il « *[...] une loi vraie, droite raison, conforme à la nature, diffuse en tous, constante, éternelle, qui appelle à ce que nous devons faire en l'ordonnant, et qui détourne du mal qu'elle défend ; [...] elle n'est pas autre à Rome ou à Athènes ; elle n'est pas autre aujourd'hui que demain ; mais loi une, et éternelle, et immuable, elle sera pour toutes nations et de tout temps* »⁴⁰.

Le christianisme a fait sienne très tôt cette théorie du droit naturel. De larges convergences sont manifestes entre des analyses soutenues par la même foi mais des nuances apparaissent entre les trois principaux auteurs : Saint Paul, Saint Augustin, Saint Thomas d'Aquin qui écrivent à des siècles de distance et sur trois continents différents : l'Asie du Proche-Orient, l'Afrique du Maghreb et l'Europe.

La théorie du droit naturel est sensiblement renouvelée par la Renaissance : on sait que le XVI^e siècle est celui de *l'humanisme* alors qu'au XVII^e la pensée classique utilise le mot « *nature* » en référence à la nature humaine. Assez logiquement la réflexion sur le droit naturel place l'homme en son centre, inscrivant ce droit naturel dans la raison de l'homme.

³⁵ Héraclite, *Fragments*, tr. A. Jeannièrre, Ed. Aubier Montaigne, Paris 1977, 2nde édition, Fragment 114.

³⁶ Sophocle, *Antigone*, cité par Mainguy D., *Introduction générale au droit*, Ed. Litec, 4^{ème} éd., Paris 2008, p. 50

³⁷ Aristote, *Les Politiques*, trad. par P. Pellegrin, Ed. Garnier Flammarion, Paris 1993p.91 -92

³⁸ Aristote, *Rhétorique*, trad. Dufour M., t.1, Ed. Les Belles Lettres, Paris 1932, p. 130

³⁹ Le droit serait redevable à Cicéron de la notion de « *source* » (voir plus loin)

⁴⁰ Cicéron, *La République*, III, 22, cité par Imbert J., *Histoire des Institutions et des faits sociaux*, Tome 1 - *Des origines au Xe siècle*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris 1957, p. 223

Ceci sans doute n'est pas en totale antinomie avec les précédentes analyses, et l'idée d'un Dieu, créateur et maître de l'ordre naturel des choses, est sensiblement mise sous le boisseau sans qu'on veuille en rien la nier. Par un changement de perspective, on s'en préoccupe moins. Le droit naturel devient laïc en ceci, dirons-nous, que ses tenants ne sont plus des théologiens⁴¹. Le droit naturel moderne apparaît visiblement comme « [...] *une recherche empirique et rationnelle du juste vers lequel doit tendre le droit positif* »⁴².

Le jusnaturalisme est une doctrine laïque, qualifiée d'*Ecole du droit naturel*, développée par Grotius et Pufendorf⁴³ et mettant de l'avant l'idée d'un droit naturel universel, immuable et procédant de la raison humaine.

Par la suite, poindra l'idée d'un pacte ou contrat social⁴⁴, avec les Anglais Hobbes et Locke et Jean-Jacques Rousseau, lesquels, par delà leurs différences, postulent que l'homme est le fondement de la société et de l'État, lesquels n'apparaissent qu'à l'issue d'un accord collectif. Cette approche à la fois moderne et plus laïque influencera la pensée politique.

Notre réflexion de droit maritime, à cet endroit, croit devoir une place à Grotius en qui le droit naturel et le droit maritime ont un même ardent défenseur.

Hugo de Groot, dit Grotius, est considéré⁴⁵ comme le fondateur de la théorie moderne du droit naturel. Il publie en 1625 *De jure belli ac pacis (du droit de la guerre et de la paix)* qui bouleverse l'idée de droit naturel, regardant ce droit naturel comme le fondement des relations humaines entre les individus. Le droit naturel, dit Grotius, émane de la nature sociale de l'homme, car « *la mère du droit naturel est la nature elle-même, qui nous porterait à rechercher le commerce de nos semblables, quand bien même nous n'aurions besoin de rien* »⁴⁶. Le droit naturel est donc la loi de la raison humaine qui s'impose à tous les hommes. Il consiste en un ensemble de règles de la droite raison, insufflées par Dieu dans l'homme afin de lui permettre de mesurer « [...] *qu'une action est moralement honnête ou déshonnête, selon la convenance ou la disconvenance nécessaire qu'elle a avec une nature raisonnable et sociable* »⁴⁷. Le droit naturel ainsi conçu se trouve centré sur l'homme et tient sa pérennité

⁴¹ A priori, le tenant du droit naturel moderne est libre de ne pas situer l'origine de la nature humaine en Dieu ni de poser que cette nature est une essence figée. La nature humaine est l'ensemble des traits permanents que le constat découvre en l'homme et *l'éternité* pourrait se réduire à la relative pérennité qui se manifeste dans le temps humain, dans l'aventure humaine.

⁴² Mainguy D., *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 47

⁴³ Sur ce point voir Mainguy D., *Introduction générale au droit*, op. cit, p. 47

⁴⁴ Sur ce point voir Clément E., Demonque C, Hansen- Love L., Kahn P., *Le contrat social et Hobbes Thomas*, in *La philosophie de A à Z*, Ed. Hatier, Paris 2004, p. 67-68 et 156-157

⁴⁵ Sur ce point voir Raynaud P et Rials S. (sous la dir. de), *Hugo Grotius*, in *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit.

⁴⁶ Grotius, cité par Chevallier J.-J., *Histoire de la pensée politique*, op. cit. p.298

⁴⁷ Ibid.

des logiques de l'homme. Il n'est pas greffé sur l'éternité de Dieu mais sur la pérennité de sa création. Dieu sema dans l'homme, sa créature, et dans sa création, des semences de liberté, bridant sa puissance infinie. Dieu ne peut plus, selon Grotius, changer la nature de l'homme lorsqu'elle est mauvaise. Il rejette donc l'idée d'un droit divin comme source du pouvoir, il prône l'avènement d'un Etat séculier. Le droit naturel est universel, immuable et il s'impose à tous, à tel point que « *Dieu même n'y peut rien changer* »⁴⁸. C'est une véritable rupture avec le droit naturel classique religieux. Le droit naturel « [...] *se trouve désormais coupé de ses racines théologiques* »⁴⁹.

Grotius estime que le droit naturel, qu'il assimile à *la raison*, ne saurait nonobstant suffire et qu'est nécessaire un droit « *volontaire* », institué, dérivant - à l'inverse du droit naturel - d'une ou de plusieurs volontés. Ce droit volontaire, et nous revenons ici tant soit peu vers un diptyque déjà rencontré, trouve ses racines dans le droit naturel⁵⁰. Il correspond au droit positif.

Grotius subdivise le droit volontaire humain - *jus voluntarium humanum* - en deux : le droit propre à chaque cité mais aussi le droit des gens que les diverses cités possèdent en commun, car le droit ne meurt pas aux frontières. La règle interne est à relayer par la règle internationale et Grotius est souvent regardé comme le fondateur de ce droit⁵¹. Grotius affirme que le droit naturel a pour mission de guider mais aussi de compléter le droit volontaire humain (interne et international).

On se permettra de relever pour finir que Grotius a profondément marqué la pensée juridique : il est à la fois le père de la théorie moderne du droit naturel, le père du droit international mais aussi – cela regarde au premier chef notre présente réflexion – l'un des grands noms du droit maritime. On peut même estimer que son ouvrage essentiel, *De Mare liberum*, jette en 1609 les bases de ce droit tel que nous connaissons aujourd'hui. S'opposant aux visées fortement annexionnistes des puissances maritimes comme l'Angleterre ou l'Espagne et le Portugal – et préservant peut-être par là certains intérêts des Pays-Bas dont il est le diplomate et le sujet - Grotius défend par l'argumentation son principe essentiel de la liberté de la mer.

On pourra juger que, ce faisant, Grotius creuse les fondations du droit maritime au sein du droit naturel tel que la raison le distingue - ou que des considérations tirées de *la nature*

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ Ibidem

⁵⁰ Sur ce point voir Laurand V., Terrel J., Lagrée J., et Kany -Turpin J., *Stoïcisme antique et droit naturel moderne*, Revue Lumières, N° 1 - 1er semestre, Ed. Presses universitaires de Bordeaux, Bordeaux 2003, p. 25-26

⁵¹ Sur ce point, voir par exemple, Despagnet F., *Cours de droit international public*, Ed. Elibron classics, Paris 2006, p.28

des choses ont pouvoir d'assurer les assises de ce droit. C'est *naturellement* que les espaces marins sont libres et non soumis à la possession. Grotius met de l'avant ce qui semble relever de la logique, *nul ne peut faire sa propriété de la mer, car elle n'a pas de bornes*. Or on ne peut logiquement occuper un domaine que si celui-ci est susceptible d'être borné.

Il s'appuie tout aussi volontiers sur des considérations de morale et, dirions-nous, de bon sens, sollicitant les dispositions de la coutume afin de distinguer la haute mer et les zones côtières, les eaux territoriales et les eaux intérieures. C'est une forme de sagesse aussi qu'il oppose aux ambitions des Etats qui voudraient annexer la mer, une forme de morale immédiate et de grande simplicité naturelle : « *Nous disons que la mer, considérée soit dans son intégrité, soit dans ses parties principales, ne peut point de devenir une propriété particulière ; [...] la grandeur de la mer est telle, qu'elle suffit à tous les usages pour tous les peuples, à puiser de l'eau, à pêcher, à naviguer. On pourrait dire la même chose de l'air, s'il pouvait être de quelque usage auquel l'emploi de la Terre ne serait pas nécessaire. Il y a aussi une raison naturelle qui empêche la mer, considérée comme nous l'avons dit, de devenir une propriété, c'est que l'occupation ne peut avoir lieu qu'à l'égard d'une chose terminée. Les liquides n'étant point terminés par eux-mêmes, ne peuvent point être occupés, à moins qu'il ne soit contenu dans une autre chose. C'est ainsi que sont occupés les lacs et les étangs ; il en est de même des fleuves, parce qu'ils sont contenus par les rivages. Or la mer n'est point contenue par la terre ; elle en est une partie, ou elle est plus grande que la terre : c'est par cette raison que les anciens disaient que la terre était renfermée dans la mer* »⁵²

Les réactions provoquées par l'ouvrage de Grotius seront aussi passionnelles qu'intéressées. L'Anglais John Selden se prononcera, dans un ouvrage de 1635, pour une *mare clausum*, une mer fermée, découpée par les frontières d'un partage – avantageant bien évidemment les nations maritimes à l'instar du Royaume-Uni. Solution difficile à défendre ou même à mettre en œuvre. Et l'analyse de Grotius a donc prévalu qui donne au droit maritime un soubassement de droit naturel.

Par ailleurs, le droit spécifique aux activités maritimes est fort ancien⁵³, c'est d'origine un droit du grand large assumant une certaine autonomie d'exercice à l'endroit de l'autorité

⁵² Grotius, *De mare liberum*, livre 1, Chapitre 2, section 3, traduit et cité par De Rayneval M., in *De la liberté des mers*, Ed. Treuttel et Wurtz, Arthus Bertrand, Delauney, Tome 1, Paris 1811, p.3

⁵³ «Le texte le plus ancien, dont se réclame la tradition juridique romaine, est celui de la fameuse loi rhodienne, dont le Digeste, qui fut compilé au VI^e siècle de notre ère sur ordre de l'empereur Justinien nous a gardé le souvenir, à défaut d'une trace exhaustive. La Lex Rhodia de iactu intéressait le jet des marchandises en cas de péril et instituait un mécanisme de solidarité (...) pour compenser les pertes subies par les marchands dont les marchandises avaient été jetées à la mer pour alléger le navire, [il impliquait ces marchands d'une part et,

centrale, aussi prégnante que cela se pouvait mais éloignée souvent. D'origine, avant que le système de communications que nous connaissons ne vienne favoriser la transmission lointaine des ordres et des instructions, le droit maritime était un droit de l'éloignement. Par voie de conséquence il devait se ressourcer dans un droit naturel qui le circonscrivait : le commandant du navire était, en mer, « *le seul maître à bord après Dieu* ».

b. L'option positiviste

Le regard des positivistes, à l'opposé de ce qui précède, est résolument *moniste* : le droit se limite au seul droit *positif*, il s'entend comme l'ensemble des règles juridiques en vigueur dans un lieu, dans un temps donnés. De ce fait, le positivisme est tout sauf une approche intuitive du droit. Deux millénaires et demi se sont écoulés depuis les premiers écrits portant l'intuition d'un droit naturel jusqu'aux récentes époques où le positivisme a souhaité contrebattre cette intuition. Non sans succès : le regard positiviste est actuel et prédominant. Convoquer les analyses positivistes à cet endroit de notre exposé présente aussi l'intérêt de rendre éclairant le contraste.

La démarche positiviste, inspirée des espérances – aujourd'hui peut-être un peu tiédies – que l'on fonda sur la science, a voulu ne retenir sous le vocable de droit que ce qui se prêterait à la preuve, à l'analyse, à l'expérience concrète. « *Le positivisme est ainsi foncièrement opposé à l'idée que la nature — la nature des choses ou la nature humaine — serait porteuse de valeurs et de droits. La nature, pour les positivistes, ne contient que des faits dont le législateur et le juge sont libres de ne pas tenir compte dans leur élaboration de la règle de droit [...] les positivistes énoncent que l'étude du droit doit se cantonner à l'étude des règles juridiques qui existent effectivement, et laisser de côté les jugements de valeur sur ce que le droit devrait être s'il était conforme à une justice absolue.*⁵⁴ » Le positivisme exclut le droit naturel du champ de la juridicité, s'affranchissant de toute idée de justice et, dans son acception la plus stricte, il écarte les faits de son domaine d'étude.

Pour résumer ces aperçus, nous pourrions dire, inversant ici l'ordre ordinaire des termes, que d'une certaine façon la loi contient le droit - qu'on veuille apercevoir seulement sa qualité d'expression de la puissance publique ou qu'on distingue aussi les contextes que cette loi traduit. « *Toutes les thèses qualifiées de positivistes ont un point commun, il est inutile, d'après elles, de rechercher la justification de la loi ; celle-ci s'impose par le fait*

d'autre part,] *les marchands qui avaient sauvé leurs marchandises à la faveur du jet.* » Extrait de Gaurier D., *le droit maritime romain*, Ed. PUR, Rennes 2004, p. 22-23.

⁵⁴ *Encyclopédie Encarta 2006, ibid.*

même qu'elle est loi. Peu importe qu'elle soit juste. Il n'est pas d'autre droit que le droit positif. »⁵⁵ Le droit se justifie donc par lui-même ou, pour le moins, s'écarte de toute justification par une transcendance, soit parce qu'il émane de l'Etat, soit parce qu'il est issu de la réalité sociale.

S'agissant de ce qu'il est convenu d'appeler le positivisme étatique, on peut noter que ses premiers jalons sont posés bien avant que le positivisme ne s'affirme en tant que théorie. « *L'expression de cette doctrine se trouve déjà chez tous les théoriciens du pouvoir absolu du prince, qu'ils soient inspirés par la pensée chrétienne, comme Bodin⁵⁶ ou Bossuet, ou qu'ils partent d'une conception pessimiste de l'homme, comme Machiavel ou Hobbes. La volonté ou du moins, pour les coutumes, la tolérance du souverain est la seule source du droit positif qui est le seul droit, la loi divine ou naturelle ayant un caractère exclusivement moral et ne faisant pas partie du droit.* »⁵⁷ »

Parmi les penseurs du positivisme étatique il faudrait citer Hegel. Dans une approche inspirée des syllogismes de la dialectique, il juge qu'il n'y a de *droit* que par la *loi*, qu'il ne peut y avoir de *loi* que par *l'Etat* ; partant, que de *droit* procède de *l'Etat*⁵⁸ . Les [...] *seules lois dont on puisse parler [dit-il], sont les lois positives, c'est-à-dire celles qui sont posées dans leur existence empirique par l'État* »⁵⁹ . Par voie d'effet, c'est la *force* qui fonde le droit : la force de l'Etat qui, dans un moment donné, traduit *les forces* en travail par lesquelles l'Histoire accouche de l'Histoire. Ainsi, dans l'un de ses principaux ouvrages, *Principes de la philosophie du droit*, l'auteur explique le droit par le fait accompli, par la force. Il « *se révèle par la puissance qui réussit à le réaliser* »⁶⁰ . Donc, et toujours, l'Etat⁶¹ .

Il faudrait pareillement citer Carré de Malberg, juriste français, positiviste convaincu, qui propose une analyse originale à certains titres. Il affirme que « [...] *l'idée du droit incréé, c'est-à-dire non édicté - ou tout du moins non estampillé - par une autorité attitrée* [lui

⁵⁵ Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., *Traité de droit civil, Introduction générale*, Ed.LGDJ, 4^{ème} édition, Paris 1994, p. 16

⁵⁶ On parlera de pouvoir fort, ici, plutôt que de monarchie absolue. Jean Bodin (1530-1596), « [...] *philosophe et magistrat français [développe dans] son traité La République (1596) (...) les principes d'une monarchie tempérée par les états généraux* », in Petit Larousse illustré, Ed. Larousse, Paris 2007, p. 1220

⁵⁷ Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., op. cit. p. 17

⁵⁸ On peut noter que cette assimilation du droit et de la loi s'inscrit dans la lettre de la Constitution française et que l'assimilation du droit et de l'Etat sera très nette chez Kelsen.

⁵⁹ Hegel cité par Simone Goyard-Fabre, *La fondation des lois civiles*, revue Laval théologique et philosophique, vol. 49, n° 1, 1993, p. 113, site erudit.

⁶⁰ Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., op. cit. p. 17.

⁶¹ Hegel est connu pour être le philosophe de la dialectique et le philosophe, aussi, de l'Histoire en devenir. Il reste qu'ici ce n'est pas l'influence de l'histoire sur le droit qui retient l'attention d'Hegel mais son rôle de levier par l'entremise de l'Etat.

répugne à la façon dont] *la nature a horreur du vide* ».⁶² Il affirme, en partant de là, la nécessité sociale absolue de la prééminence du droit d'Etat mais ne conteste pas qu'il « *existe effectivement des vérités ou des règles permanentes dont on puisse affirmer qu'aucune prescription législative positive ne devrait méconnaître la supériorité transcendante* »⁶³. Carré de Malberg rejette cependant l'idée de la toute puissance de la loi, qui doit respecter la norme qui lui est supérieure, à savoir la Constitution.

Tel est aussi l'avis de Kelsen. Théoricien de la hiérarchie des normes, le juriste autrichien Kelsen, ainsi que le titre de son ouvrage le plus connu le révèle⁶⁴, entend s'en tenir au droit pur qu'il regarde comme le droit positif indépendamment aperçu de ce qui pourrait l'infléchir ou le colorer : l'histoire ou la sociologie, les pressions de la politique ou les attachements de la morale ou la moindre référence au droit naturel. Il estime que chaque norme juridique doit respecter la norme qui lui est supérieure afin de former ensemble un ordre hiérarchisé. Pour lui, chaque règle juridique est la source d'une autre règle laquelle lui est hiérarchiquement et directement subordonnée, chacune de ces normes se justifiant par « *sa conformité à la norme supérieure. [...] Par exemple, les lois ont force obligatoire dès lors qu'elles sont conformes à la constitution* »⁶⁵.

On se permettra de relever, dans cette construction, dont la parfaite rigueur emporterait les convictions – et qui reste une référence essentielle au sein du droit contemporain – que la notion de droits subjectifs est pratiquement écartée. Les libertés individuelles sont passablement diluées dans les seuls espaces que le législateur n'a pas saisis. Pas de réservations de droits qui fussent *a priori* de l'ordre de l'imprescriptible. Dans le système de Kelsen, « *il n'est plus question de droits subjectifs*⁶⁶. *Ceux-ci ne sont plus que les prolongements particuliers de l'ordonnement juridique en règles individuelles, dans la mesure des compétences que donnent les règles supérieures. C'est ainsi, par exemple, que les contrats produisent des effets individuels en vertu de la permission de la loi, norme supérieure* »⁶⁷. On rangera l'impeccable ordonnancement de Kelsen sur les rayons du positivisme étatique à condition d'apercevoir un glissement certain dans la notion d'Etat. « *L'État, selon Kelsen, n'est plus qu'un mot commode pour exprimer l'unité de cet*

⁶²Carré de Malberg, *Mélanges très simples sur l'objet de la science juridique*, in mélanges Gény, 1937, Tome I, p. 192, cité par Goyard-Fabre, op. cit., p. 140

⁶³Ibid.

⁶⁴Kelsen H., *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Ed. Dalloz, Paris, 1962, p. 313-314.

⁶⁵Cabrillac R., *Introduction générale au droit*, Ed. Dalloz, 6^{ème} édition, Paris 2005, p. 20

⁶⁶Est-on si loin de Hobbes, le théoricien anglais de la monarchie absolue, chez qui la part de liberté que le sujet de droit conserve est, à tout prendre, une indulgence du souverain puissant ?

⁶⁷Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., op. cit. p. 18.

ordonnement juridique »⁶⁸. Rapporté au cas de la France on distingue que cette hiérarchie range, de haut en bas, le *bloc de constitutionnalité* (Constitution de 1958, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Préambule de la Constitution de 1946...), le *bloc de conventionalité* (traités internationaux, droit communautaire – encore que ce dernier point fasse l'objet de débats), le *bloc législatif* (textes soumis au vote du Parlement), le *bloc réglementaire* (décrets, arrêtés...), le *bloc contractuel* (contrats, conventions collectives). Les décisions administratives réglementaires ou individuelles, devant toujours respecter toutes les normes supérieures : les lois, les traités, la Constitution. Il en va de même des contrats.

Le schéma de Kelsen a l'avantage évident de sa simplicité. Peut-on penser que tant de simplicité s'obtient... en simplifiant ? Pour éliminer la coutume, essentiel ressort du droit, toujours aujourd'hui, dans bien des sociétés vivantes, essentiel ressort du droit public international, est-il suffisant de ne pas la citer ? La question s'adresse à toutes les théories positivistes. Où ranger la jurisprudence, aujourd'hui de plus en plus agissante (et pas en droit communautaire uniquement) qui certes n'est pas au sens strict un ensemble de normes ?

Il est vrai que *l'unité de cet ordonnement* s'impose à l'esprit mais à la réserve près, relevée quelquefois, que la légitimité que chaque étage reçoit de l'étage immédiatement supérieur est, par force, absente au dernier étage. Kelsen suppose une « *norme fondamentale* » qu'il qualifie dans la *Théorie pure du droit* « *d'hypothèse logique transcendantale* » et dont la caractéristique essentielle serait d'autoriser la « *pensabilité* » du système. Or, si « *transcendantale* » que soit cette norme-là, Kelsen entend ne jamais sortir du droit positif. A légitimer les étages de sa pyramide en couvrant chacun d'eux d'un autre, plus élevé, ne risque-t-il pas d'être poussé vers... la métaphysique⁶⁹ ? « *Le fait de « supposer une norme [écrit par ailleurs un auteur qui se reconnaît proche du positivisme] introduirait une faille dans la construction normativiste puisque cette dernière utiliserait un élément totalement indéterminé à l'appui de la théorie défendue* »⁷⁰.

Kelsen estime enfin que l'étude du droit doit se limiter à l'étude des règles juridiques existantes. Elle ne s'intéresse pas aux faits, ni encore aux jugements de valeur sur ce que le droit est ou devrait être⁷¹. Ce positivisme est souvent qualifié de positivisme normatif, ou de normativisme. Si critiquable que le schéma de Kelsen puisse paraître, il faut convenir qu'il

⁶⁸ Ibid,

⁶⁹ A l'image du raisonnement connu d'Aristote qui, montant par degrés de la *cause* à la *cause ayant déclenché la cause*, arrive à la *cause sans cause*, au « *premier moteur* » - inconnaissable par l'esprit - qu'il appelle Dieu !

⁷⁰ Sur ce point voir Magnon X., *En quoi le positivisme-normativisme- est-il diabolique ?*, RTD civ. 2009, p. 269

⁷¹ Ibid.

engage à voir autrement l'organisation du droit. Le droit n'est plus aperçu comme un bloc de règles diverses, il devient un corps organisé, structuré par paliers, de *normes hiérarchisées*⁷².

Notons que, s'agissant du droit maritime et, d'une façon plus générale, du droit du commerce international, les tenants du positivisme étatique dénie toute valeur à la *lex mercatoria*. Celle-ci qui ne relève d'aucun système étatique est dépourvue, disent-ils, de tout caractère obligatoire et, partant, du caractère essentiel de la loi. Tout droit présentant un caractère international se doit d'être *interétatique* et non pas *transétatique*.

Le positivisme étatique a l'originalité – sans doute aussi l'intérêt – de prétendre saisir le droit tel qu'en lui-même en l'épluchant de toutes les écorces qui adhèrent à lui de par son insertion dans la société. Ce ne sera plus le cas du positivisme sociologique.

S'ils adhèrent à l'idée que le seul droit existant est positif, les partisans du positivisme sociologique⁷³ refusent d'enfermer le droit sur lui-même. Ils estiment que le droit positif, issu de la réalité sociale et nourri du lait de l'histoire, est porteur de ce que la sociologie découvre, ici et là, dans la cité des hommes et soumis pour large part aux forces de l'économie.

Au positivisme sociologique il faut rattacher l'école historique allemande du XIX^e siècle, avec Savigny⁷⁴ qui verra dans le droit l'enfant de l'histoire en création. « *Selon cette doctrine, le droit est mûri lentement par le peuple lui-même. La loi ne peut avoir d'autre rôle que de recueillir et consacrer les résultats de cette création historique. Produit spontané de l'évolution des peuples, le droit exprime, selon une formule romantique, l'âme des nations* »⁷⁵.

Au positivisme sociologique, il faut de toute force associer le nom d'Auguste Comte : il est regardé tout à la fois comme le père du positivisme et de la sociologie. Comte, en considérant l'évolution de la pensée dans les sociétés humaines, y distingue une succession d'états : le stade théologique d'abord et le stade métaphysique ensuite, qui sont ensemble représentatifs d'une certaine enfance de l'homme et, pour finir, le stade positif ou scientifique

⁷² Qu'est ce qu'une norme juridique ? Y a-t-il une différence entre la norme juridique et la règle de droit ? Le professeur Magnon regarde la norme juridique comme la « *signification d'un énoncé prescriptif* », *Sur ce point voir Magnon X, Théorie(s) du droit*, Ed. Ellipses, Paris 2008, p. 33. Mais c'est aussi le cas pour la règle de droit. Les deux termes sont utilisés l'un pour l'autre et le *Lexique des termes juridiques* apercevant la norme en *qualité de « règle juridique, obligatoire, générale et impersonnelle »*, Guillien R. et Vincent J., *Lexique des termes juridiques*, Ed. Dalloz, Paris 2005, p.422. Chez Kelsen, le rapport entre norme et règle peut être aperçu non comme un rapport « *de synonymie mais d'inclusion [...] : la norme est le genre et la règle l'espèce. Les normes sont susceptibles d'être générales (ce sont alors des règles) ou individuelles (ce sont alors des décisions – décisions de justice ou décisions administratives individuelles - ou des contrats ou plus largement des actes)* », Voir Thibierge C, *Sources du droit, sources de droit : une cartographie*, in *Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 533

⁷³ On pourrait trouver plus juste de parler de positivisme scientifique, mais nombre d'auteurs classent les positivismes historique, sociologique et économique sous l'appellation de positivisme sociologique que nous choisissons d'utiliser. Voir notamment Cabrillac R., *Introduction générale au droit*, op. cit.p. 20-22, ou encore Mainguy D., *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 48-50.

⁷⁴ Savigny (1779-1861), *De la vocation de notre temps pour légiférer et cultiver la science du droit*, 1814.

⁷⁵ Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., op. cit. p. 20

où s'accomplit la maturité : « [...] dans l'état positif, l'esprit humain [...] renonce à chercher l'origine et la destination de l'Univers, et à connaître les causes intimes des phénomènes pour s'attacher uniquement à découvrir, par l'usage bien combiné du raisonnement et de l'observation, leurs lois effectives...⁷⁶ ». Le droit, qui est l'expression de la société, serait entraîné par un semblable mouvement. « Ainsi, la règle de droit ne dépend pas de la volonté des gouvernants. La réalité sociologique s'impose à l'État lui-même⁷⁷ ».

Il faudrait encore, et pour être moins incomplet, donner le nom de Durkheim, lui aussi l'un des fondateurs de la sociologie. Durkheim regarde la société comme une personnalité différente de la somme des personnalités individuelles qui la composent et, dans son étude intitulée *Le Suicide*⁷⁸, ouvre un espace de réflexion sur le droit positif. Duguit opte lui aussi pour une vision sociologique du droit qu'il souhaite ramener vers « la réalité » de telle façon qu'il « aspire à débarrasser la technique juridique de toute métaphysique afin d'en faire une science sociale⁷⁹ ».

Parmi les théories qui tendraient à regarder le droit comme procédant de l'économie, l'une des premières est sans doute l'utilitarisme, apparu dès le XVII^e siècle en Angleterre avec Jeremy Bentham et John Stuart Mill et qui, rejetant l'idée du *droit naturel* en tant que droit, préfigurerait le positivisme. L'utilitarisme fonde le droit positif sur *l'utilité* dans la quête du bonheur des hommes. « Ainsi, pour Bentham, l'ordre social a pour sources et pour but la recherche du plaisir. Le droit est un produit de cette démarche : il détermine les règles de conduite permettant d'obtenir le plus grand bonheur pour le plus grand nombre avec le moins de peine possible⁸⁰ ». Mais qui, chargé de la production des normes, aura pour ce faire une clairvoyance absolue ? Se rendre exorable à la pression sociale est-il - ou peut-il être - un impératif du législateur ?

Une place ici doit être réservée, pour finir, à la théorie marxiste. Cette théorie, pour l'essentiel exposée par Karl Marx dans *Le Capital*, propose un principe directeur, le *matérialisme historique* en tant qu'explication de l'évolution des sociétés, du monde et de l'histoire. Or dans cette approche totalisante, « le droit ne peut être détaché d'un ensemble

⁷⁶ Comte A., *La Science sociale*, Paris, Gallimard, 1972. Passage cité par l'Encyclopédie Encarta 2006

⁷⁷ Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., op. cit., p. 20

⁷⁸ L'ouvrage *le Suicide* (1897) a marqué des générations de chercheurs, dans la mesure où Durkheim y a appliqué avec rigueur sa méthode à un phénomène que l'on regardait jusqu'alors comme individuel. Pour Durkheim, le taux de suicides ne peut s'expliquer qu'à partir d'une analyse globale de la société ; il montre que celui-ci varie en proportion inverse du degré d'intégration des groupes sociaux dont fait partie l'individu. Sur ce point voir l'Encyclopédie Encarta 2006, article *Durkheim, Emile*.

⁷⁹ Encyclopédie Encarta 2006, article *Duguit, Léon*.

⁸⁰ Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., op. cit. p. 19

dominé par l'économie »⁸¹. L'analyse marxiste du droit repose donc sur une approche qui est celle adoptée par le positivisme socio-économique.

Un autre élément de l'analyse marxiste, positiviste et *économiste* du droit, retient notre attention : Marx annonce la mort du droit. Non pas, bien sûr, asséché par le tarissement de ses sources ou submergé par le trop plein de leurs eaux, non pas étouffé non plus, mais devenu sans objet. « *Marx ne se borne pas à expliquer le droit par des rapports de force, il en prophétise l'évolution inévitable, qui doit s'achever par sa disparition.* »⁸² Marx, à la façon de penseurs plus anciens que l'on a qualifiés d'*utopistes*⁸³ aspire à refaçonner le monde, inscrivant dans son devenir une société sans classes, idéale. Une société de la perfection n'a pas besoin du droit. Lorsque Voltaire introduit son héros Candide au pays d'Eldorado, le pays où tout va bien, « [...] *Candide demanda à voir la cour de justice, le parlement ; on lui dit qu'il n'y en avait point, et qu'on ne plaiderait jamais* »⁸⁴. L'Eldorado, bien sûr, est un lieu rêvé ; mais il s'est rencontré des sociétés peu judiciairisées - comme les sociétés de l'ancien orient, notamment du Japon, tenues par des codes d'honneur et par l'impératif absolu de ne pas perdre la face. « *On ne connaîtrait pas le mot de justice s'il n'y avait pas de perversité* » déclarait Héraclite⁸⁵ et l'inflation législative contre laquelle protestait le Doyen Carbonnier⁸⁶ pourrait bien révéler les sociétés affaiblies.

La société sans classe, idéale, imaginée par Marx et conquise au bout d'un temps par la dictature du prolétariat, pourrait-elle engendrer *l'euthanasie*, l'heureuse mort du droit ? Marx, évidemment le soutient. La pensée de Marx, toutefois, pour originale et pertinente qu'elle soit, n'est pas totalement exempte de vérités proclamées que les supputations d'un examen patient ne suivent pas toujours. Devons-nous aujourd'hui, tablant pour demain sur un équilibre conquis – par quelque voie que se soit - du monde et des sociétés, supposer la « *mort heureuse* » du droit ? Sans doute est-il bien malaisé de répondre à cela.

On envisagera sans peine aujourd'hui – sans juger que telle ou telle analyse du droit se trouve en cela justifiée – que dans le monde que nous connaissons, le *monde mondialisé*, d'immenses forces de l'argent sont en situation de conquête et prêtes à faire entendre *leur* loi, prêtes à soumettre les valeurs traditionnelles à la valeur d'argent. Le droit, de cela, peut-il être

⁸¹ Ibid. p. 21

⁸² Ibidem

⁸³ Le terme « utopie », de par son étymologie grecque désigne un « *lieu de nulle part* ». On relèvera que l'œuvre du catholique anglais Thomas More, intitulée *L'Utopie*, écrite au début du XVI^e siècle, esquisse un schéma de société idéale et largement collectiviste.

⁸⁴ Voltaire, *Candide*, 1759, chap. 18^e, *Ce qu'ils virent dans le pays d'Eldorado*.

⁸⁵ Héraclite in *L'Aurore de la philosophie grecque*

⁸⁶ Sur ce point voir Carbonnier J. *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Ed. Flammarion, Champs essais, Paris 1996, p. 107.

affecté ? Une approche du droit qui ne serait *que strictement* positiviste aurait beau jeu d'éluder la question : le droit ne serait à tout prendre, en effet, *que* ce qu'on nomme le droit. Si l'on s'obstine à penser cependant que le droit devrait vivre en *accompagnant*, tout au moins, certaines valeurs, alors la question du droit dans un monde du tout économique occupe à nouveau l'esprit.

Le droit maritime est bien entendu concerné. Nous aurons à y revenir.

Ceci se trouvant aperçu, l'approche intuitive du droit présente-t-elle encore un intérêt ? Celle qui, spontanément surgie dans l'enfant, s'inscrit tant soit peu dans les valeurs diffuses de l'homme et fait trouver *naturel* le droit ?

Quoi que l'on veuille étudier sous le nom de *droit* – le domaine est immense et la tâche infinie, surtout si l'on retient comme le Pr. Jestaz, évoquant le cas de la Loi, que « *le fouillis de la matière est total* ⁸⁷ » - il se pourrait que le droit comme *objet d'étude* ait à se distinguer du droit comme *puissance agissante*. Il se pourrait que le droit, perçu comme une référence essentielle à la vie collective des hommes ait encore à *prendre sens* en se justifiant du bon sens. Le droit n'est vivant que s'il est vécu, c'est-à-dire adopté, cru, par les sujets de droit. Cette adoption pourrait bien s'obtenir, sans amalgame obligé – par la proximité souhaitable avec la valeur de justice et la morale, avec l'équité du juge et la pertinence du législateur. A défaut de quoi – qui sait ? – le droit serait peut-être un droit *subi*, délaissé non seulement des finesses du ressenti mais des exigences essentielles à l'ordre démocratique.

Cela permet-il d'augurer que les analyses naturalistes, assurément plus proches de ces perceptions, devraient se maintenir ? Il ne s'agit pas ici, bien évidemment, d'arbitrer des polémiques. Il est possible toutefois de tempérer des accusations, plaidant un dossier. Que reproche le positivisme aux naturalistes ?

D'abord l'erreur. Les théories du droit naturel ont en commun d'enraciner le droit dans l'immuable ou le permanent, dans le transcendant : Dieu, la nature ou la raison. De là provient son autorité. Le positivisme éreinte l'affirmation d'un caractère universel du droit naturel. Il suffirait de se pencher sur la multiplicité et le développement des différents systèmes juridiques pour en conclure que le droit naturel est tout sauf universel. « *Tout coule, rien ne demeure* », écrit Gilles Lebreton, citant le philosophe grec Héraclite au début d'une étude intitulée *Y a-t-il un progrès du droit ?*⁸⁸ Voilà qui condamnerait tout droit naturel qui se

⁸⁷ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, Ed. Dalloz, Paris 2005, p. 30

⁸⁸ Lebreton G., *Y a-t-il un progrès du droit ?*, D. 1991, p.99. Montaigne en son temps tenait un propos semblable en songeant aux oeuvres insuffisantes des hommes: « *Ils sont plaisants quand, pour donner quelque certitude aux lois, ils disent qu'il y en a aucunes fermes, perpétuelles et immuables, qu'ils nomment naturelles, qui sont empreintes en l'humain genre par la condition de leur propre essence. Et, de celles-là, qui en fait le nombre de*

présenterait comme une œuvre achevée, pérenne et suffisante : il semble qu'aucun auteur n'a prétendu cela, faisant seulement devoir au droit positif de s'enraciner dans une autre sagesse.

L'autorité que le droit naturel prendrait par là sur le droit positif : utopie ! Comment contraindre un législateur – celui qui rédige une norme - au respect d'un droit naturel, peu précis ? Comment pensera-t-il, à défaut de l'avoir fait, que sa loi votée, contraignante, est injuste et que le juge et le citoyen pourront la dédaigner ? Sans doute est-il envisageable de répondre à ceci que « *Le bon sens est la chose du monde le mieux partagée* »⁸⁹, de telle façon qu'un rédacteur de loi n'est pas tenu d'en manquer, qu'une loi surprenante encourt le risque de n'être pas votée. Mais à défaut, face à la norme qui trop manifestement s'écarterait du droit *ressenti*, l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, range au nombre des droits naturels de l'homme, un droit de résistance à l'oppression. Pour certains⁹⁰, ce droit ne procéderait pas du droit naturel, mais du droit positif. Il est vrai. Mais cette consécration par le droit positif pourrait répondre à l'objection ci-dessus.

Quant à l'universalité de certains droits naturels, leur reconnaissance appartient à des époques proches. Ainsi la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 affirme que les « *Représentants du Peuple Français, [...] ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme* » ; l'article 1^{er} du préambule de la Constitution de 1946 déclare que « *tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ». Ces droits sont confirmés par le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et leur valeur est portée en titre dans la Déclaration *universelle* des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

S'agissant des théories positivistes du droit, dont l'apport à la réflexion juridique est difficile à contester, bien des questions restent posées. Si l'on définit le droit par la loi, promulguée par l'Etat, comprend-on les « *pourquoi* » du droit ? Pourquoi cette loi-ci mais pas cette loi-là ? Faut-il écarter ces questions ? Doit-on répondre en mettant de l'avant *l'opinion publique* ? L'opinion publique a bon dos, surtout dans les démocraties. Mais à répondre par là, le positivisme étatique aurait un pied posé dans le jardin de la sociologie. Par ailleurs, et même en pays démocratique, « *[...] il est difficile de nier que le droit courbe parfois les*

trois, qui de quatre, qui plus, qui moins : signe que c'est une marque aussi douteuse que le reste. Or ils sont si défortunés (car comment puis-je nommer autrement cela que défortune, que d'un nombre de lois si infini il ne s'en rencontre pas au moins une que la fortune et témérité du sort ait permis être universellement reçue par le consentement de toutes les nations ?) [...] Qu'ils m'en montrent, pour voir, une de cette condition ». In *Les Essais*, livre II, chap. 12, *Apologie*, cité par l'anthologie Lagarde et Michard, Bordas, Paris 2003, p. 230

⁸⁹ Descartes, *Discours de la Méthode*, anthologie Lagarde et Michard, XVII^e siècle, p. 84, ligne 1.

⁹⁰ Voir, par exemple, Bergel J.-L., *Théorie générale du droit*, Ed. Dalloz, 4^{ème} édition, Paris 2003, p. 25

*résistances et impose la solution voulue par quelques-uns*⁹¹». Si à rebours on abrite le droit dans l'ombre de l'histoire ou de l'économie, de la sociologie, certes on ouvre un champ plus large à la réflexion. Mais peut-on s'assurer que le droit, dès lors, est bien le vrai sujet de la réflexion ? Les faits tout seuls, si l'on rompt tout commerce avec un ordre de valeurs, auront-ils clair pouvoir de générer des normes ? Jugera-t-on toujours que le droit reste le *droit* si l'on appelle *droit* les règles édictées, fussent-elles odieuses – et l'histoire en connaît – brutales ou tyranniques ? Certes les termes de *justice* ou de *morale* ont des sens bien distincts du sens global du mot *droit* : l'on s'en convainc si l'on retient l'obligation que fait la loi de rouler sur le côté droit des chaussées. La justice et la morale, au total, ne sont pas le droit. Non pas le droit mais des invitations très ardentes à l'accompagnement. Non pas le droit mais, légitimement, ses chevaux de bataille. Et si par elles on ne juge ou ne caractérise le droit, sans doute à travers elles on aperçoit tant soit peu le chemin difficile du droit. Le chemin hors duquel le droit courrait risque de s'égarer. Disons « *de se perdre* ».

Entre ces deux théories du juridique, il se pourrait que ne pas choisir soit un chemin de sagesse et que le droit réel, dans ses normes et ses jugements, soit fait de compromis. Mais s'il *fallait* choisir (pourquoi le *faudrait-il* ?) à qui donnerait-on raison ? Qui, des tenants des théories naturalistes ou des partisans du positivisme est le plus près du Vrai ? Question naïve à n'en pas douter. La vérité *tout entière* est rétive à s'enfermer dans un ordre clos. Quand les théories naturalistes abordent le droit par la question « *pourquoi ?* », les positivistes, eux, posent la question « *comment ?* » Pour ces questions-là, d'ailleurs, les définitives réponses ont besoin qu'on les cherche : on les cherche toujours.

Les tenants des deux attitudes ont pu, mutuellement, se reprocher des insuffisances et même des dangers réels. « *On a déjà montré (...) que le droit naturel est illusoire et dangereux*⁹² » déclare assez vigoureusement Gilles Lebreton dans un article où il dit son appartenance au positivisme sociologique - article au demeurant stimulant pour la réflexion. Pas expérimental le droit naturel, pas assez rigoureux – pas assez positif.

Et d'autres et, pour les mêmes raisons, diront qu'il faut douter du positivisme : « *Il lui est, en effet, reproché d'être non seulement insuffisant, mais dangereux.* »⁹³ Insuffisant le positivisme ? Il est vrai que, par ardent désir de refuser ce qui n'est pas expérimental, ou pas assez rigoureux – pas assez positif - le positiviste, à l'occasion, pourrait rogner sur sa propre rigueur. Il *faut bien*, semblent penser certains auteurs, que le droit soit une science. « *Si l'on*

⁹¹ Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., op. cit., p 23

⁹² Lebreton G., *Y a-t-il un progrès du droit ?*, op.cit., p.99

⁹³ Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., op. cit., p. 23

*accepte comme nous de considérer le droit comme une science, il est impossible de l'asseoir sur une telle métaphysique*⁹⁴». Une science, le droit ? Peut-être bien. Qui l'établit ? Ne serait-ce pas un art aussi bien ? Le raisonnement tout entier d'un partisan du scientisme et de la rigueur, s'appuie, ce qui surprendra, sur un postulat qu'il n'entend pas examiner. Le désir de voir le droit débarrassé « *des derniers vestiges de la métaphysique* », la mise à l'écart des droits naturels, conduisent le même auteur à revisiter la Déclaration des droits de l'homme au titre du vocabulaire : « *...l'idée, issue de la Déclaration de 1789, que les droits de l'homme sont des droits naturels doit être combattue* ». Ce qu'on obtiendrait d'une rédaction changée : « *les droits de l'homme sont des droits subjectifs que la conscience collective ressent comme indispensables au respect dû à la dignité de la personne humaine* »⁹⁵. Dignité. Respect. Nul n'en voudrait douter. Mais à l'écart des valeurs, des intuitions venues de vieilles transcendances – et religieuses peut-être – a-t-on des fondements pour ces fières notions ? Dignité. Respect. Le professeur Jestaz, à leur propos, parlerait de « *droit révélé* »⁹⁶, fût-il laïc. Et voilà donc pour l'insuffisance. Elle est peut-être aussi dans cette pyramide de Kelsen, si susceptible pourtant d'utilité. Dangereux le positivisme ? « *Au nom de l'autorité de l'État ou du sens et d'histoire, les lois les plus inhumaines peuvent être justifiées. L'expérience douloureuse en a été faite. Est-ce par hasard que les doctrines du droit naturel ont connu de nouveaux temps de faveur en Allemagne après la seconde guerre mondiale*⁹⁷ ? » Et voilà, donc, pour le danger.

Donc, à tout prendre, entre ces deux engagements de la pensée, ces deux approches du droit, le match est nul.

Et ce droit - dont nous croyons donc pouvoir affirmer qu'il est perçu par chacun d'une façon diffuse et, nonobstant, globalement juste – est *notre* droit. C'est un droit qui s'est enrichi de ses vies passées. C'est un droit qui a pour fonction de maintenir l'ordre public et de garantir les droits de l'individu face aux autres individus mais, pareillement, face à l'Etat. Dans toute société humaine, nous voulons nous en convaincre, il y a du droit ; mais les sociétés sont différentes et les droits sont de ce fait différents : vouloir définir à l'échelle du monde un droit commun, c'est aller de l'illusion vers la résignation. Si le droit est une notion difficile à cerner, c'est aussi pour cette raison-là. Quand nous parlerons du droit, nous ne parlerons pas de tous les droits à la fois.

⁹⁴ Lebreton G., Ibid.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, op.cit., p. 21

⁹⁷ Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., op. cit., p.23

B. L'irréductible diversité des droits du monde

Définir le droit n'est pas définir un droit commun à toutes les sociétés. D'abord, parce que certaines sociétés humaines n'accordent pas la même importance au droit tel que nous, sociétés occidentales, nous le concevons. Ensuite, car dans certaines d'entre elles, tel ou tel comportement ne sera pas forcément sanctionné comme il le serait par notre droit. Comme le relève le professeur Alliot, « *Nulle institution, [...] n'a de sens que par rapport à l'univers dans lequel on l'observe [...] s'il y a un trait commun entre toutes les sociétés, c'est que chacune construit son propre univers mental, porteur de modèles fondamentaux et dispensateurs de sens, que révèlent à la fois la vision du monde visible et invisible de chacun de ses membres, sa vision des peuples, de sa société, des groupes auxquels il appartient ou avec lesquels il est en rapport et sa vision de lui-même. Chaque vision partielle renvoie aux autres et les éclaire. Mais celle qu'une société a du monde et d'elle même explique plus particulièrement les comportements juridiques individuels et fondamentalement les limites de la juridicité [...] Qui veut comprendre la forme et le sens des institutions juridiques d'une société a donc intérêt à les rapporter non aux institutions de sa propre société [...] mais à l'univers de celle dans laquelle il les observe. La loi n'a ni la même expression ni la même signification en Chine, en Afrique Noire, en pays d'Islam ou en France* »⁹⁸.

Selon les sociétés, les règles juridiques auront donc une variable perception. Nous apercevons dans un premier temps le système juridique moderne qui est très fréquemment présenté comme étant l'opposé du nôtre, à savoir le *common law* (1) Dans un second temps, nous verrons qu'il est d'autres endroits du monde où le droit, loin de se recueillir dans un ensemble de normes, établies pour un temps dans un lieu, se réfère à des règles morales, religieuses ou bien coutumières, immuables à peu près (2). Il est enfin d'autres endroits de monde où le droit - sinon supplanté du moins limité dans son rôle et sa portée - perd l'avantage, en tant que régulateur de la société, devant la tradition de l'honneur (3).

1. Un droit très différent : le *Common law*⁹⁹

Notre droit- et plus généralement le droit issu de la tradition du droit romain, dit romano-germanique - est très fréquemment opposé au droit anglo-saxon, également connu

⁹⁸ Alliot Michel, *Anthropologie et juridique (sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit)*, Communication au Colloque de Goutelas-en-Forez, in *Bulletin du LAJP*, n° 6, janvier 1983, pp. 83-117, cité par Chrétien-Vernicos G., *Introduction historique au droit*, op.cit.

⁹⁹ Tous les auteurs ne s'accordent pas sur le genre à donner à l'expression *common law*. *Law* étant ici à traduire par droit, nous prenons le parti de lui attribuer le genre masculin ; nous parlerons donc du *common law*.

sous le nom de common law. Ce dernier est particulièrement bien représenté aux Etats-Unis, en Angleterre¹⁰⁰, et plus généralement dans tous les pays du Commonwealth.

C'est un droit que l'on oppose au nôtre parce que le common law – à la différence de notre droit - est un droit essentiellement coutumier et jurisprudentiel. Il repose sur la théorie du « *précédent judiciaire* », c'est-à-dire que ce qui a été jugé une fois, s'imposera pour l'avenir aux juridictions amenées à connaître d'affaires similaires¹⁰¹. Le common law « *résulte non de textes législatifs mais de la pratique des juridictions* »¹⁰². Il est créé par les juges qui s'appuient sur les précédents judiciaires pour l'élaborer. Prenant l'exemple du droit anglais, le professeur Séroussi précise à ce propos qu'en « *[...] s'en tenant uniquement aux circonstances de chaque espèce, les tribunaux vont rechercher, prenant appui sur des décisions antérieures proches ou connexes au cas du litige, « la » legal rule qui doit être retenue [...]. Les règles de droit anglaises et galloises sont toujours en mesure de fournir immédiatement la solution idoine d'un litige* »¹⁰³.

Si l'on reprend la définition la plus stricte, et nonobstant la plus communément acceptée par la doctrine française, à savoir un ensemble des règles obligatoires et générales, sanctionnées par la puissance publique, un écart considérable apparaît.

Le droit, toujours, est le reflet de la culture à laquelle il appartient : « *[...] dans les pays anglo-saxons, la culture veut que chacun soit libre de faire ce que bon lui semble,...Et ensuite on voit ce qui se passe ! C'est seulement si quelqu'un se plaint du comportement d'un autre, ou se plaint d'un dommage subi qu'alors les situations sont examinées par la justice. [...] Bien sûr, dans les pays où domine la « common law », il existe des repères écrits, il existe quelques notions d'ordre public. Bien sûr, tout n'est pas permis, il existe des limites à ne pas dépasser* »¹⁰⁴. Dans les systèmes de Common Law, c'est lorsqu'un problème apparaît que la justice est rendue créant le droit. Notre système est tout différent, le législateur fixe les règles à l'avance anticipant les désordres sociaux. Notre droit « *[...] raisonne « a priori », la « common law » anglo-saxonne raisonne « a posteriori ». Autrement dit la protection des*

¹⁰⁰ Le common law est apparu en Angleterre grâce principalement à l'action des Cours royales de justice, les Cours de Westminster lesquelles s'opposèrent durant plus siècles aux juridictions seigneuriales. Ce sont les praticiens de ces Cours, qui n'avaient reçu aucune formation universitaire préalable, qui ont formé le common law à l'occasion des affaires qui leur étaient soumises. Le common law est complété par l'equity, à ne pas confondre avec l'équité, qui est l'ensemble des règles, ayant vocation à combler les lacunes de la common law, retenues et appliquées par la Cour de la Chancellerie, sur ce point voir notamment Séroussi R., Introduction au droit comparé, Ed. Dunod, 3^{ème} édition, Paris 2008, p. 35-49 ou encore Terré F., Introduction générale au droit, Terré F., Introduction générale au droit, Ed. Dalloz, Paris 2006, p. p. 55.

¹⁰¹ A condition que les juridictions en question soient de même niveau ou de niveau inférieur.

¹⁰² Guillien R. et Vincent J., *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 131

¹⁰³ Séroussi R., *Introduction au droit comparé*, op. cit., p. 41

¹⁰⁴ Castellane B., *Droit civil – Droit coutumier (« common law ») schéma d'un face à face*, Sociétal, janvier 2008 n°59, p.2, document consulté sur le site de l'Association des femmes juristes

tiers est prédominante en droit civil; alors que le sacro-saint principe de liberté de l'individu prédomine en « common law » »¹⁰⁵.

Le droit légiféré, la codification ne sont pas des techniques de la common law mais ne sont pas ignorées pour autant des systèmes anglo-saxons. Le droit britannique est aujourd'hui de plus en plus complété par la loi, la codification se répand en Amérique ainsi qu'en témoigne – par exemple – le « *Uniform Commercial Code* ». Il n'en est pas moins vrai que le matériel conceptuel du droit romain s'ajuste mal au common law : « *les classifications et concepts utilisés ici et là demeurent différents. La catégorie « droit civil », par exemple, n'est pas connue en Angleterre* »¹⁰⁶.

Notre conception du droit conviendrait moins encore à d'autres droits, non européens.

2. Des droits très éloignés : religieux et coutumiers

Le droit ne tient pas toujours dans un corpus à proprement parler *juridique* et ce droit, plus que sur des règles expressément instituées pour lui donner chair, repose assez souvent sur des normes morales, religieuses, ou coutumières. Comme le fait justement remarquer le professeur Terré, les « [...] principes mêmes sur lesquels est fondé l'ordre social dans les pays occidentaux et l'idée, en particulier, que les rapports entre individus doivent être fondés sur le droit sont étrangers à la plus grande partie de l'humanité »¹⁰⁷. Le droit de cette majorité d'hommes est donc largement fixé par ce que nous avons appelé le *droit naturel*.

Pour les hindouistes, par exemple¹⁰⁸, l'« [...] idée d'un droit séparé de la religion ou d'une religion séparée des autres règles de vie sociale n'existe pas [...]. Le pivot du système est le *dharma*, qui n'est ni religion, ni droit, mais qui représente les conceptions hindoues du droit ». Le droit hindou traditionnel dispose de deux sources principales : les traités de *dharma*¹⁰⁹ et leurs commentaires et la coutume (chaque tribu a ses propres coutumes, qui ne doivent pas aller à l'encontre des traités de *dharma* lorsqu'elles les ont intégrés à leurs règles¹¹⁰, et ses propres juges). Le *dharma*, que Frédéric Lenoir présente comme « [...] l'ensemble des principes éthiques et spirituels valables pour tous les êtres »¹¹¹, peut se définir

¹⁰⁵ Ibid., p.4

¹⁰⁶ Terré F., Introduction générale au droit, op.cit., p. 55.

¹⁰⁷ Idid., p. 57

¹⁰⁸ Sur ce point voir Chrétien-Vernicos G., *Introduction historique au droit*, op. cit.

¹⁰⁹ Il s'agit des Upanishad, plus d'une centaine textes ordinairement courts, en sanskrit, rédigés semble-t-il entre le VIIème et le IIIème siècle avant J.C. Les auteurs en sont inconnus. Leur forme dialoguée donne à penser qu'il s'agit de passages à l'écrit d'enseignements antérieurs entre maîtres et disciples. Voir à ce sujet Lenoir F., *Petit traité d'histoire des religions*, Ed. Plon, Paris 2008, p. 153 à 178.

¹¹⁰ En cela, souligne Madame Chrétien-Vernicos, le *dharma* est un droit révélé mais pas absolu.

¹¹¹ Lenoir F., *Petit traité d'histoire des religions*, op. cit. p. 158.

aussi comme la révélation de la « *loi universelle régissant l'ordre des êtres et du cosmos* »¹¹². On pourrait ici tirer un parallèle avec la philosophie grecque antique pour laquelle le droit était la recherche du juste dans la nature des choses. Le dharma rejette l'idée de droits subjectifs accordés aux individus, n'imposant que des devoirs. De même, le contenu du dharma diffère selon les individus et la classe à laquelle ils appartiennent¹¹³. Le droit hindou ne consacre pas l'égalité des hommes qui ne naissent pas égaux.

Indiquées aux hommes par les Upanishad, intégrées dans les coutumes des différents groupes, les règles du droit hindou ne sont pas créées par les hommes afin de valoir pour un lieu ni pour un temps donnés. S'il s'agit bien d'une forme de droit, celle-ci diffère absolument du droit positif tel que nous le concevons. Si les premières Upanishad sont d'universelle portée, le dharma va bien vite entraîner la création de castes où les hommes sont répartis, de naissance, en fonction présumée des mérites ou démérites accumulés dans une vie antérieure : ils doivent agir de manière à mériter que leur vie future soit à leur avantage. Un code appelé Code de Manu¹¹⁴ rassemble les lois du dharma relatives ces castes hermétiques entre elles : « *Le simple contact avec un membre d'une caste inférieure suffit à contaminer l'individu de la caste supérieure* »¹¹⁵. Le sort réservé aux femmes est particulièrement rigoureux dans la mesure où la seule ambition de la femme est de... renaître en homme ! Citant une loi du Code de Manu, Frédéric Lenoir affirme qu'une « *petite fille, une jeune femme, une femme avancée en âge, ne doivent jamais rien faire suivant leur propre volonté, même dans leur maison* »¹¹⁶.

Tout aussi désarçonnant pour un esprit d'occident, le sort des sans-caste, les intouchables. « *Leur dharma est sans ambages : ils n'ont pas le droit de vivre dans les villes et les villages, leur nourriture doit se composer de restes déposés dans une assiette cassée, et leurs vêtements doivent être récupérés sur les morts. Leur impureté est telle que s'ils effleurent, non pas un membre d'une caste supérieure mais sa seule ombre, ils le souillent.* »

Il faut signaler que le droit indien¹¹⁷, qui a aussi subi l'influence de l'islam et du système britannique¹¹⁸, a opté depuis le milieu du XX^e siècle pour un droit laïc commun à tous les Indiens. Pour autant le dharma et les coutumes résistent et continuent de régir toutes sortes de domaines touchant la population hindoue, comme le fait l'islam pour la partie de la population musulmane de l'Inde. « *Bien que l'article 15 de la Constitution indienne,*

¹¹² Définition extraite du petit Larousse illustré, Ed. Larousse, Paris 2005, p.362

¹¹³ Sur ce point voir Séroussi R., *Introduction au droit comparé*, op. cit., p. 147

¹¹⁴ L'hindouisme est une religion sans fondateur, aux origines mal connues. Doit-on parler de révélation ?

¹¹⁵ Lenoir F., *Petit traité d'histoire des religions*, op. cit. p. 162.

¹¹⁶ Ibid., p. 163

¹¹⁷ Qu'il faut distinguer du droit hindou qui ne s'applique qu'aux hindouistes.

¹¹⁸ Le droit indien est aujourd'hui fortement marqué par le modèle du common law

*promulguée en 1949, interdise toute discrimination fondée sur la religion et la caste, que l'article 17 ait aboli l'intouchabilité, et qu'un système de discrimination positive ait été mis en place par les autorités, le problème des intouchables reste récurrent en Inde où pas une semaine ne s'écoule sans qu'éclatent des incidents.*¹¹⁹ ». Pas de révoltes cependant : ce droit traditionnel si différent de notre droit trouve sa légitimité dans les consciences : « *ce n'est pas la société qui est injuste, ce ne sont pas les dieux qui se vengent, c'est l'individu et lui seul qui, dans la conception hindoue, est responsable du karman qu'il a accumulé et qui l'a fait naître dans une condition aussi humiliante.*¹²⁰ »

A titre d'autres exemples de droits religieux primant sur toute espèce de droit civil, on aurait tout aussi bien pu aussi citer l'Arabie Saoudite¹²¹, ou encore l'Iran¹²². L'islam est prépondérant dans la législation qui repose sur une interprétation stricte de la loi islamique (la charia). Encore une fois, ces droits s'écartent profondément de notre droit positif.

Les sociétés africaines traditionnelles ont gardé leur attachement pour leurs pratiques ancestrales. Ainsi, la « [...] source la plus importante de l'autorité du droit traditionnel consiste dans les croyances religieuses et les rituels de la communauté. [...] Toute violation du droit est en même temps une violation de la religion. Une infraction juridique n'est pas seulement une simple question de transgression d'une règle coutumière de comportement c'est aussi une violation d'une règle religieuse »¹²³. Le droit traditionnel africain pose un ensemble de modèles de conduite se rapportant à telle ou telle situation déterminée. Le droit traditionnel a pour vocation d'être conciliateur¹²⁴ et pacificateur ; il cherche à maintenir l'équilibre au sein de la communauté comme à gommer les conflits qui surgiraient entre ses membres. Pour ce faire, on recherche un accord amiable entre les parties au conflit ; si l'affaire est étalée au grand jour, un juge, - une personnalité de la tribu - règle le conflit, portant toujours dans l'esprit le maintien de la cohésion du groupe : il va chercher un compromis acceptable pour tous, le « [...] juge n'a pas pour mission d'appliquer la loi mais de concilier les parties »¹²⁵.

Le droit traditionnel africain va cependant être progressivement influencé par « [...] l'empreinte juridique de systèmes jusque là inconnus. Sous ce déluge de principes venus d'ailleurs, le droit coutumier plie et se transforme »¹²⁶. Il va s'imprégner de common law, de droit romaniste, ou s'inspirer de la charia. L'Afrique « [...] offre un mélange surprenant de

¹¹⁹ Lenoir F., *Petit traité d'histoire des religions*, op. cit. p. 164.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Pour plus de détails sur ce point, voir par exemple l'encyclopédie Encarta 2006

¹²² Ibid.

¹²³ Chrétien-Vernicos G., *Introduction historique au droit*, op. cit., p. 66

¹²⁴ Ibid., p. 71

¹²⁵ Ibid., p. 72

¹²⁶ Séroussi R., *Introduction au droit comparé*, op. cit., p. 188

modernité, de respect à l'égard du clan et de conformité à certains dogmes religieux »¹²⁷. Force est malgré tout de constater que le continent africain ne dispose pas pour l'instant de « [...] Règles propres - naturelles ou non- qui permettraient d'affirmer qu'un authentique corpus juridique est sur le point de relayer des systèmes juridiques jusque-là empruntés »¹²⁸.

3. *Le droit face au sens de l'honneur*

La fonction du droit, dont l'existence est donc attestée sous telle ou telle forme au sein de toutes les communautés humaines, est de réguler, d'harmoniser la vie des sociétés. Son rôle est moins essentiel, et les lois moins pressées, quand les hommes de la société considérée, trouvent en eux les puissances de jugement, les dispositions vers l'altérité qui pourraient fonder l'harmonie qu'on souhaite.

Il apparaît que les temps que nous vivons se caractérisent ici et là, chacun le vérifie, par une vertigineuse augmentation de la production normative, une forme d'obésité.

Certains endroits du monde encore aujourd'hui restent cependant marqués par l'honneur et le sens du devoir. Comme le fait remarquer le professeur Tunc, « *L'idée que le droit puisse et doive tout régir n'est pas [...] partagée par tous. Dans le monde occidental, certes, l'homme attend de chacun de ses gestes qu'il soit juridiquement « défendu » ou « permis ». Dans de vieilles sociétés, pourtant, le droit, loin de tout régir, est totalement effacé devant les devoirs, les usages et les rites* »¹²⁹.

Nous prendrons l'exemple du Japon qui fit de l'honneur et du respect, depuis des temps immémoriaux, les deux plus importants piliers de la vie. Le Japon traditionnel est un pays dans lequel le sens moral et l'honneur priment sur toute chose : on ne doit pas blesser l'amour propre d'autrui. Chacun doit respecter ses devoirs sous peine d'en perdre son honneur, ce qui pour un Japonais ne saurait être imaginé. Dans le maintien de la cohésion sociale et de la justice, le droit ne joue qu'un second rôle : il est regardé « [...] *comme un appareil de contraintes que l'État emploie quand il veut imposer sa volonté au peuple. Droit est ainsi synonyme de peine* »¹³⁰.

Au Japon, « *le droit apparaît comme une chose indésirable, voire détestable, dont il est souhaitable de s'éloigner autant que possible* »¹³¹.

¹²⁷ Ibid., p. 197

¹²⁸ Ibid., p. 198

¹²⁹ André TUNC, *Droit*, article consulté sur le site Internet Encyclopaedia universalis

¹³⁰ Chrétien-Vernicos G., *Introduction historique au droit*, op. cit., p. 53

¹³¹ André TUNC, *Droit*, op. cit.

Le droit japonais toutefois se trouve influencé par diverses traditions juridiques¹³², et d'abord par la Chine, et les systèmes occidentaux (romano-germaniste et common law). L'intégration du modèle occidental dans le droit japonais se constate essentiellement dans l'œuvre codificatrice réalisée au XIX^e siècle sur les modèles français, puis germanique. Après la seconde guerre mondiale, le Japon s'est inspiré du modèle américain. Malgré cela, le droit japonais reste particulier : la place de la loi y est restreinte, et le nombre de cas portés devant la justice est très faible en rapport des sociétés occidentales. Ainsi « [...] *le peuple nippon demeure réticent à l'égard de la règle de droit envisagée comme un instrument distant et abstrait, peu enclin à résoudre les litiges de nature privée. Seule la conciliation, la procédure « non contentieuse » peut répondre aux nombreux différends qui ne manquent pas de surgir dans une société dévorée par le modernisme galopant des grandes métropoles et par la recherche forcenée d'une croissance forte* »¹³³.

Les définitions du droit que nous envisagerons dans la présente réflexion ne seront guère ajustées pour le droit japonais. Ce constat vaut pour l'essentiel de l'Extrême-Orient. Toutefois l'immense mouvement de la mondialisation - que Philippe Moreau Defarges définit comme étant « *dislocation de toutes les frontières sous la poussée irrésistible de l'industrie et de la modernité ; déracinement des activités humaines ; multiplication et élargissement des flux (de marchandises, d'idées...); universalisation de la contrainte de l'échange*¹³⁴ » - est à l'œuvre partout, gommant les diversités. Cette mondialisation, dont l'auteur distingue les prolégomènes assez loin dans l'histoire, est la traduction, dit-il de « *l'europanisation du monde* », du souhait d'offrir au commerce une planète ouverte. Et c'est ainsi que : « [...] *les puissances européennes et leur héritier, les Etats-Unis, opèrent le grand désenclavement planétaire* » dans la recherche d'un « *espace mondial unique*.¹³⁵ »

Le droit suit. Le droit suivra, s'imprimant sur l'espace conquis. Ce droit, de racine européenne, est en situation de saisir peu à peu certains des grands rouages du monde, au préalable européanisés. « *La volonté des opérateurs du commerce international est un puissant vecteur d'un droit mondialisé* », déclarent Eric Loquin et Laurence Ravillon¹³⁶.

Les droits traditionnels vont-ils mourir ?

Au moins faut-il souhaiter que survivent en quelque façon les autres droits du monde, quelque puissant que soit aujourd'hui le nivellement général par l'économie. Qu'ils survivent

¹³² Sur ce point voir Séroussi R., *Introduction au droit comparé*, op. cit., 174-176

¹³³ Ibid., p. 173

¹³⁴ Moreau Defarges P., *La Mondialisation*, Ed. P.U.F. *Que sais-je ?*, Paris 1997, réédition 2008, p. 19

¹³⁵ Ibid., p. 9. L'expression « *le grand désenclavement planétaire* » est attribuée par l'auteur à Pierre Chauvu.

¹³⁶ Loquin E. et Ravillon L., *La Volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé* in *La Mondialisation du droit*, Université de Bourgogne – CNRS, Ed. Litec, volume 19, Paris 2000, p. 91.

ayant adouci – c'est ce que nous, nous pouvons souhaiter – celles de leurs traductions qui ont une couleur injuste ou farouche : ostracisme des castes, image infantilisée de la femme... Qu'ils survivent tout au moins dans l'épaisseur des êtres et des sociétés comme autant de sagesses de loin venues qui instruisent et colorent la vie. Que les droits importés ne les étouffent pas pour débayer les chemins des affairismes conquérants. Le droit des peuples à "leur" droit n'est peut-être pas si éloigné des "droits de l'homme". Il reste que c'est bien le droit d'occident, tel qu'il s'est répandu, tel que sans doute il se répand - le droit d'occident virtuellement "mondialisé", « notre » droit - qui sera désormais l'objet de la notre réflexion. C'est par rapport à lui que le droit maritime, au demeurant, se situe.

Nous avons donc côtoyé le droit, par touches et par approches ; il reste à tenter de le définir – autant que possible sera.

C. Mieux définir le champ du droit pour mieux situer ses sources.

Plus qu'un simple travail d'approche, un essai de définir exige un objet précis : c'est notre droit vivant, le droit positif, « *l'ensemble des règles juridiques en vigueur (...) à un moment donné, quelles que soient leurs sources.* »¹³⁷. Notre enquête à venir sur les *sources* du droit réel sera par là préparée. Ce droit réel, dans son ensemble est un droit complexe (1), un droit dont la doctrine établit de haute lutte un essentiel de caractéristiques. Et la chose étant à peine faite, un réexamen pourrait s'imposer déjà (2).

1. La complexité d'ensemble du droit

Le droit serait-il, à l'image du Dieu de Pascal, « *sensible au cœur mais inaccessible à l'esprit* » ? Point n'est besoin de soutenir ceci pour vérifier pleinement qu'il est malaisé de cerner la notion de droit dans sa globalité (a). Malaisé pareillement d'en établir une géographie d'ordre interne et qui serait précise : entre les grands domaines du droit, les cloisons ne sont pas toujours bien étanches (b). Notre réflexion cherchera donc à se frayer son passage entre deux grandes voies de définitions, probablement imparfaites (c).

a. Un travail malaisé de définition

Si l'on retient quelques mots essentiels des précédentes approches, on distingue :

- que le droit, sur quelques principes essentiels qu'il veuille se construire, est divers et changeant, quelque unité qui subsiste en lui, qui justifie qu'on le désigne au singulier,

¹³⁷ Guillien R. et Vincent J., *Lexique des termes juridiques*, op. cit. p. 246

- que les approches des spécialistes, et de ceux que son étude intéresse, ont bien des divergences (et quitte à se rejoindre *in fine* sur certains essentiels),

- qu'on ne peut dans les *faits* – quelque souci qu'on ait de préserver son essentielle autonomie – le dissocier tout à fait d'autres notions que sont la justice, la morale ou l'autorité, qui s'attachent à son image et sont ses compagnes de route.

-que force est d'admettre pourtant que la réflexion sur le droit s'appuie sur des savoirs « *auxiliaires* »¹³⁸, ainsi l'histoire, ou la sociologie, qui ne la lient pas mais la marquent : « *de l'histoire et du droit comparé viennent des lumières, des éclairages pour la lecture du droit positif français* »¹³⁹. Des rapports se constatent entre l'état des mœurs et le droit.

- que le droit est le droit d'un lieu, d'un temps mais que, dans son principe – et sous réserve toujours de pouvoir reconnaître le *droit* dans le *droit* – ce droit se manifeste toujours et partout, fût-il parfois plus marginal. « *Ubi Homo, ibi societas. Ubi societas, ibi jus* » disait, nous l'avons vu, le vieil adage latin. Canalisant « [...] *l'activité des hommes [...] le droit correspond en réalité à une nécessité inhérente à toute vie en société* »¹⁴⁰.

Les difficultés que l'on éprouve à définir le droit procèdent de tout ceci. Ces difficultés ne sont pas récentes. Elles ne sont pas liées de façon stricte à la complexité croissante du droit que nous constatons aujourd'hui. « *Le droit, rapporte Geneviève Chrétien-Vernicos, appartient à la famille assez étendue des concepts qui ne sont clairs qu'entrevus de loin*¹⁴¹ ». Ce qui la pousse à rappeler le jugement de Kant, en 1787, dans sa *Critique de la Raison pure* : « *Les juristes cherchent encore une définition pour leur concept du droit* ».

Rien n'a vraiment changé sur ce point.

Le *lexique des termes juridiques*, déjà cité, s'il définit le « *droit naturel* », le « *droit positif* », le « *droit objectif* » et le « *droit subjectif* » et ouvre onze pages - et deux colonnes à la page - à la définition de catégories du droit depuis le « *droit absolu* » jusqu'aux « *droits voisins* », renonce à isoler le mot « *droit* » pour l'éclairer d'une façon directe. La trop riche polysémie de ce terme impose à n'en pas douter cette démarche-là. La tentation est grande à ce propos de rappeler le jugement connu du Doyen Vedel qui se partage entre l'humour et la rigueur : « *Voilà des semaines et même des mois que je « sèche » laborieusement sur la question, pourtant si apparemment innocente (...) « Qu'est-ce que le droit ? » Cet état déjà peu glorieux, s'aggrave d'un sentiment de honte. J'ai entendu ma première leçon de droit voici plus de soixante ans ; j'ai donné mon premier cours en chaire voici plus de cinquante ;*

¹³⁸ Sur ce point voir Cornu G., *Droit civil*, op. cit., p. 88-92

¹³⁹ Ibid. p. 90

¹⁴⁰ Terré F., *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 3.

¹⁴¹ Chrétien-Vernicos G., *Introduction historique au droit*, op.cit., p.10.

je n'ai cessé de faire le métier de juriste tour à tour ou simultanément comme avocat, comme professeur, comme auteur, comme conseil et même comme juge. Et me voici déconcerté comme un étudiant de première année remettant copie blanche, faute d'avoir pu rassembler les bribes de réponse qui font échapper au zéro. »¹⁴² Mais, ajoute l'auteur aussitôt : « *Si je sais mal ce qu'est le droit dans une société, je crois savoir ce que serait une société sans le droit* ». ¹⁴³

De plus, le délicat travail de la définition doit retenir que l'unité d'un droit positif est à conquérir sur la diversité *des droits*¹⁴⁴ qui se rassemblent en lui. Les grands domaines du droit, s'ils sont suffisamment caractérisés par leur objet, ne sont sans doute pas cloisonnés d'une manière aussi étanche que le premier abord le ferait penser. Quelques aperçus suffiront qui seront une occasion renouvelée de souligner la complexité du droit, la difficulté par conséquent d'enfermer le droit dans un petit nombre d'idées simples.

b. Des cloisons mal étanches entre les grands domaines du droit.

- L'opposition semble établie de façon claire entre le droit objectif d'une part - « *ensemble des règles régissant la vie en société et sanctionnées par la puissance publique* »¹⁴⁵ - et d'autre part le droit subjectif - « *prérogative attribuée [...] à un individu dans son intérêt, lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation* »¹⁴⁶. C'est ainsi que l'ouvrage déjà cité de Jean-Luc Aubert, *Introduction au droit*, se compose au total de deux grandes parties qui s'intitulent *Le droit objectif* pour la première et *Les droits subjectifs* pour la seconde.

Cette distinction que nous avons déjà vu se former sous la plume de juristes du temps passé paraît toujours fondamentale : « [...] *le mot droit a deux sens : la règle de droit ou droit objectif ; les prérogatives dont une personne est titulaire ou droits subjectifs*¹⁴⁷ ».

La porosité de la cloison qui sépare ces deux grandes distinctions du droit, n'a pas besoin d'être montrée. C'est d'emblée que le rapport apparaît si on observe - à rebours de Hobbes qui ne voyait dans les droits subjectifs qu'un espace individuel correspondant au

¹⁴² Vedel, *Indéfinissable mais présent*, Droits n°11, *Définir le droit* 2, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1990, p.66

¹⁴³ Ibid., p.71

¹⁴⁴ Nombreux sont les autres domaines du savoir qui connaissent des situations comparables : elles témoignent partout d'un approfondissement de la réflexion comme d'une masse très augmentée des connaissances. Partout aussi, elles entraînent des spécialisations à outrance et qui n'ont pas que des avantages. On citera la médecine qui serait éparpillée si, de la fondamentale unité du vivant, de lui venait quelque solide unité.

¹⁴⁵ Guillion R. et Vincent J., *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 239

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Chrétien-Vernicos G., *Introduction historique au droit*, op.cit., p.11, proposant un jugement des frères Mazeaud, p. 13.

terrain non conquis par les rigueurs de la règle – que les droits subjectifs sont des prérogatives attribuées, *qu'il s'agisse ou non de consacrer des droits naturels*, par le droit objectif. Les droits subjectifs sont un reflet de ce droit objectif ou plutôt son produit, des prérogatives offertes à chaque individu par les règles de droit. C'est ainsi que l'alinéa 1^{er} de l'article 3¹⁴⁸ de la loi du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer dispose que « *Si l'abordage est causé par la faute de l'un des navires, la réparation des dommages incombe à celui qui l'a commise* ». Cet énoncé est une règle de droit objectif. La victime pourra obtenir réparation de son préjudice, c'est son droit. Et c'est un droit subjectif qui découle de la règle de droit objectif.

- L'opposition semble plus nette encore entre le droit public et le droit privé. Ce sont là les deux versants de la montagne du droit, c'est une *summa divisio*, une fondamentale distinction qui organise notamment les études de droit pour orienter parfois des carrières. Il est bien entendu que cette distinction se justifie par d'impératives considérations.

Le droit privé rassemble les règles qui président aux relations entre personnes – étant entendu qu'à la notion de *personne individuelle* il convient d'ajouter celle de *personne morale* – alors que le droit public régit les rapports de la puissance publique avec les citoyens. La différence est encore à constater dans l'existence de deux juridictions distinctes : la juridiction administrative d'un côté, la juridiction judiciaire de l'autre, aux pouvoirs et aux modes de fonctionnement différents. Le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'endroit du particulier dépasse celui du juge administratif à l'endroit de l'administration, tandis que l'administration, qui agit au nom de l'Etat, peut exercer ses droits de façon directe à l'égard des administrés.

Mais la cloison n'est pas étanche. « *La portée très relative de la distinction du droit privé et du droit public est soulignée par cette observation que certaines disciplines juridiques relèvent autant de l'un que de l'autre et constituent ce que l'on peut appeler des droits mixtes*¹⁴⁹ ». Cette relative porosité n'est pas neuve et, souligne Jean-Luc Aubert, « [...] *la dénonciation alternative de la publicisation du droit privé et de la privatisation du droit public* » pourrait en attester. Pour autant l'actuel éclatement du droit, la création de nouveaux droits, parfois liés à la pression de l'économie, vient accentuer le phénomène. « *Le droit de la construction en fournit un bon exemple qui combine les règles de l'urbanisme (droit public) et les contrats de construction (droit privé)*¹⁵⁰ ».

¹⁴⁸ L'article 3 de la loi n°67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer, a été déplacé dans le code des transports et codifié à l'article L. 5131-3. Cette codification s'est faite à droit constant.

¹⁴⁹ Aubert J-L., *Introduction au droit*, op. cit., p. 18

¹⁵⁰ Ibid. p. 23

Sans doute est-il pleinement fondé de découvrir en ceci la complexité du droit, la complexité *vivante* du droit. De la même façon, dans les spécialités de plus en plus nombreuses de la médecine il y a lieu de découvrir la complexité du vivant qui ne remet en cause, en rien, la fondamentale unité du vivant. S'agissant des divisions du droit, des empiètements et des sas qui les accompagnent et peut-être les atténuent, le droit est le droit. S'agissant du droit public et du droit privé, ce sont, nous l'avons dit, deux versants d'une même montagne. « *La vérité est que ces deux ordres de droit sont deux aspects complémentaires d'un même fait : le phénomène juridique. Il serait dangereux de perdre de vue cette complémentarité, expression de la (nécessaire) cohérence du droit : la distinction du droit privé et du droit public est une commodité, non une nécessité. L'observation vaut a fortiori, évidemment, pour les subdivisions internes du droit public et du droit privé*¹⁵¹ ».

- L'opposition que l'on relève entre droit maritime et droit de la mer appelle un certain nombre de remarques. Le droit maritime et le droit de la mer, à l'origine confondus, se distinguent clairement depuis peu. Le droit maritime emprunterait donc en ce sens le même chemin que le droit commun. Il y a quelques dizaines d'années, en effet, la distinction ne se faisait pas sans quelque hésitation. « *Droit maritime et droit de la mer sont deux expressions qui se retrouvent couramment sous la plume des auteurs et dans les textes législatifs* » note à l'époque le doyen Chauveau¹⁵². L'auteur se demande si les deux expressions sont frappées de synonymie très large ou s'il convient de les distinguer, notant que « [...] *Même nos auteurs les plus récents et les plus autorisés ne s'y arrêtent pas longuement et, dans l'ensemble ils ne sont pas enclins à faire une distinction entre le sens ou la portée des deux termes.* »

Pour ancien que soit le droit des espaces maritimes et des activités particulières qui s'y déploient, nous sommes, à l'époque encore récente où ces lignes s'écrivent, au commencement d'une inflation sans précédent des échanges économiques internationaux (le terme un peu galvaudé « *d'explosion* » n'est pas à mettre à l'écart) et l'ensemble des droits relatifs à la mer et la navigation maritime ont une vocation neuve à force d'actualité. La tentation d'autonomie, qui peut se manifester parfois dans les droits relatifs au domaine marin, se posa presque en termes d'indépendance, avec le souci « *de tout unifier pour former « un système clos et complet » qui se puisse opposer au « droit terrestre* ». *A cette fin sont rejetées toutes les divisions du droit classique : droit public et droit privé ; droit civil ou droit*

¹⁵¹ Ibid., p. 18

¹⁵² Chauveau P., *Droit maritime et droit de la mer*, ADMO 1980 p. 11- 15

*commercial ; droit social ou droit civil. Comme l'écrit Ripert, ces divisions ne peuvent s'appliquer à l'une des plus anciennes disciplines que le monde ait connues*¹⁵³. »

Peut-être distinguera-t-on dans tout ceci l'expression d'un juvénile enthousiasme – et dût-il n'être pour l'occasion que la fougue d'une jeunesse réinventée. Le droit maritime est en effet fort ancien mais dans cette belle crise de croissance il se retrouve une âme conquérante, englobant tout ce qui est maritime et notamment ce que nous désignons comme étant *le droit de la mer*. A cette époque les jugements des auteurs semblent portés vers l'amalgame. « *Pour Rodière, le droit maritime : « c'est le droit de la mer et de tous les intérêts engagés sur la mer* ». Ripert définit partiellement le droit maritime comme étant « *le droit de tous les rapports juridiques dont la mer est le théâtre ou le commerce maritime l'objet* ». ¹⁵⁴

Cet appel à l'unité se justifie par les spécificités des droits relatifs à la mer – on pourrait probablement montrer qu'elles tiennent à ceci que l'homme est un animal de la terre ferme pour qui la mer est un lieu de dangers – mais l'expansion mondialisée des économies, préparée de longue date¹⁵⁵ et dont à l'époque on ressent déjà les effets, justifie cet appel vers la mobilisation générale. Il reste que la puissance est souvent plus propice à la diversification qu'à l'unité : dans toutes les disciplines du savoir, l'augmentation du volume entraîne le cloisonnement, la diversification, le partage en spécialités. « *Les deux expressions « droit maritime » et « droit de la mer » traduisent-elles une division de cet ordre à l'intérieur du complexe maritime ?* » se demande le doyen Chauveau¹⁵⁶ lequel – « *brutalement* »¹⁵⁷ dit-il – convient de répondre par l'affirmative, estimant « *qu'à l'intérieur de ce complexe maritime, peuvent en effet exister des divisions qui lui sont propres et qui demeurent étrangères aux divisions du droit classique* »¹⁵⁸. Partant de cette conviction, il répugne certes à l'idée de ranger le droit de la mer dans la branche classique du droit public alors que le droit maritime aurait droit de cité dans le droit privé, mais il distingue que « *le concept de « droit maritime » peut être limité au droit maritime commercial* » alors même, souligne-t-il, qu'il convient d'examiner à part « *[...] un autre groupe de dispositions, dont l'objet sera essentiellement : « la mer » ; c'est-à-dire l'élément liquide et les surfaces qu'il recouvre et qui, pour cela, mérite que lui soit réservée l'appellation de « droit de la mer* ». A la différence des

¹⁵³ Ibid. p. 12.

¹⁵⁴ Ibid. p. 11.

¹⁵⁵ Parmi tous les effets de la révolution industrielle applicables aux activités de la mer, il convient bien évidemment de distinguer la substitution de la vapeur à la voile et ceci dès la fin du XVIII^e siècle. Il devint alors envisageable de développer le transport maritime indépendamment des vents et des saisons : coup de pouce éventuellement décisif pour ce phénomène de notre temps qui n'était pas alors nommé : la mondialisation.

¹⁵⁶ Chauveau P., *Droit maritime et droit de la mer*, op. cit. p.12

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibidem.

*précédentes, ces dernières vont présenter un caractère d'ordre général et public*¹⁵⁹». L'auteur fait apparaître aussi qu'au chapitre des différences qui distinguent « *par leur objet* » le droit maritime et le droit de la mer, il faut encore ajouter « *d'intéressantes différences dans la nature des dispositions qui régissent l'un et l'autre* ». Ainsi pourrait-on distinguer des divergences au plan des sources : « *le droit écrit constitue depuis déjà longtemps l'essentiel du droit maritime commercial* » alors que, pour des raisons diverses et tenant tout d'abord à l'absence, en haute mer, d'une « *autorité établie qui pût imposer sa loi* », « *le droit de la mer proprement dit a pendant longtemps été formé de dispositions coutumières* »¹⁶⁰.

La rupture, au demeurant, ne semble pas consommée. Pour s'en convaincre, il suffirait de consulter l'ouvrage *Droits maritimes*¹⁶¹ – on relèvera le pluriel du titre – édité sous les auspices du Centre de droit maritime et océanique (CDMO) de la Faculté de droit de Nantes, édition 2009/2010, et qui réunit les domaines suivants : Droit international de la mer, Droit communautaire maritime, Statut et armement du navire, Affrètements et transports maritimes, Agents et auxiliaires du transport, Événements de mer, Responsabilité du propriétaire du navire, Assurances maritimes, Droit social des gens de mer, Droit du littoral, Droit portuaire, Exploitation de l'océan, Protection et conservation du milieu marin. Cet ouvrage, d'entrée de jeu, souligne « *la forte interpénétration des diverses branches du droit dans les questions juridiques portant sur l'univers océanique* », il tient à montrer « *l'indispensable complémentarité des disciplines juridiques liées à l'océan et la nécessaire pluridisciplinarité – au moins minimale – des juristes de la mer.* » Dans cette souhaitable polyvalence on peut trouver le moyen « *de résoudre ou d'éviter des conflits qui, du fait de leur transversalité, rendent caducs les cloisonnements traditionnels – et pour tout dire souvent artificiels – entre droit privé et droit public, droit international et droit de l'environnement, droit commercial et droit social* ».

Peut-on, taillant dans tout ceci, tâcher de fixer pour le moins le domaine du droit maritime en tâchant par là de caractériser celui-ci ? Caractériser n'est pas – pas tout à fait – définir : mais c'est poser, déjà, des jalons. Cécile de Cet Bertin, pour ce faire, emprunte à trois grands maîtres – Ripert, Rodière et du Pontavice – les termes d'une approche commune : « *Le droit maritime est, au sens large, l'ensemble des règles juridiques relatives à la navigation*

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Ce dernier point doit être mis en rapport avec la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, du 10 décembre 1982 qui consacre le besoin d'évolution de ce droit vers un droit écrit.

¹⁶¹ Beurier J.-P., Chaumette P., Hesse P., Mesnard A.-H., Ndende M., Proutière-Maulion G., Rezenthel R., et Tassel Y., *Droits maritimes*, sous la dir. de Beurier J.P., Ed. Dalloz-Sirey, Paris 2008

qui se fait sur la mer»¹⁶². Si large que soit ce sens, il se pourrait qu'il soit étroit. D'abord parce que le droit maritime est aujourd'hui conduit vers d'autres activités que la seule navigation. Martine Rémond-Gouilloud signale la nécessité de « *l'élargir à l'exploitation minière en mer. Laquelle présente une aventure maritime, tout comme la navigation* »¹⁶³.

Notre propre réflexion nous conduira parfois, par ailleurs, vers des notions situées sur la limite du droit public de la mer : c'est le cas de la sécurité maritime.

En matière d'approche, nous pourrions donc nous laisser tenter par celle, large et rigoureuse pourtant, de Pierre Bonassies et Christian Scapel : « *Le droit maritime peut-être défini comme l'ensemble des règles juridiques spécifiques directement applicables aux activités que la mer détermine* »¹⁶⁴. Dans cette optique là, même si l'on retient que l'organisation de la sécurité relève au premier chef de l'autorité publique, il est légitime aussi que le droit maritime privé soit comptable de cette sécurité dans le domaine des *activités que la mer détermine*. Voilà qui situe le qualificatif « maritime »

S'agit-il d'une définition ? Sans doute s'agit-il – en son utilité – d'une délimitation de secteur. La réflexion sur le droit n'est pas forclosée.

Tel quel, le droit maritime est donc malade. Malade de ces sources. De ces sources-là dont nous avons pour projet de parler. Disons-le : notre réflexion mettra le mal des sources en corrélation directe avec l'état du monde actuel. « *Le Droit, se demande Jean-Denis Bredin, peut-il être malade en soi ? Les maladies du Droit ne seraient-elles pas les maladies du corps social qui fait le Droit, de la nation, des institutions étrangères, des juridictions créatrices de Droit ? Ne seraient-ce pas nos maladies à nous, qui contaminent le Droit ?* »¹⁶⁵

Le monde est parcouru par la vigueur de brassages planétaires et de phénomènes connexes, pour certains très préoccupants, qui sont – pour le droit d'une façon particulière – autant de considérables défis. Spécialement les droits qui concernent la mer. « *Le renchérissement des matières premières, le troisième choc pétrolier, la déstabilisation des pêches maritimes, la mondialisation du travail maritime, la réforme du régime des ports en France, la dégradation du milieu marin, le réchauffement climatique, la recherche d'énergies nouvelles, les excès de la dérégulation, la hausse des taux de fret, la construction et la déconstruction des navires : tous ces phénomènes font que le monde de la mer subit une profonde mutation qui influe sur les régimes juridiques qui le canalisent.* »¹⁶⁶

¹⁶² De Cet Bertin C., *Introduction au droit maritime*, Editions Ellipses, Paris 2008, p. 5

¹⁶³ Rémond-Gouilloud M., *Droit maritime*, Ed. Pédone, Paris 1988, p. 7-8

¹⁶⁴ Bonassies P. et Scapel C., *Droit maritime*, Ed. LGDJ, 2nd édition, Paris 2010, p. 1.

¹⁶⁵ Bredin J-D, *Les Maladies du droit, conférence en la Grand' chambre de la Cour de cassation*, op. cit.

¹⁶⁶ *Droits maritimes*, sous la dir. de Beurrier J.P, op. cit. *Avant propos* du professeur Beurrier

Mais revenons à notre approche, plus générale, du droit.

Le droit donc est complexe et bien difficile à cerner dans un petit nombre de mots justes. Il reste que les essais de définir le droit n'ont pas manqué. Mais – ceci ne facilitant ni la comparaison ni le choix – tous ces essais ne se recommandent pas de la même logique.

c. Entre deux grandes voies de définitions, sans doute imparfaites.

Quand les théories naturalistes abordent le droit par la question « *pourquoi ?* », les positivistes, eux, posent la question « *comment ?* » C'est ce que nous écrivions précédemment s'agissant d'une opposition de principe – *idéologique* en quelque sorte – entre deux *approches* du droit : l'une intuitive, immémoriale, et l'autre à prétentions plus scientifiques, autrement dit la théorie du *droit naturel* d'une part et le *positivisme* de l'autre. Nous avons vu que ce dernier s'applique à contrer la théorie du *droit naturel* par un questionnement concurrent sur l'origine essentielle du droit, lequel questionnement, se désintéressant nettement de la lointaine origine - exonérée de toute autorité – retourne alors son attention sur le principe institutionnel ou social qui fait que le droit est droit. Cette opposition, nous la retrouvons ici d'un point de vue plus *fonctionnel* que théorique, en recherchant moins les origines que des logiques de *définitions* qui seront propres à éclairer des *fonctionnements* du droit. Sur ce plan les deux principales orientations¹⁶⁷, probablement imparfaites toutes deux, pourraient à la vérité s'opposer moins qu'elles ne se complètent.

Certaines définitions du droit lui assignent principalement son rôle en cherchant à caractériser son être, sa substance. On parlera de *définitions substantielles*. Le droit devient le droit dès lors qu'il préside à l'exécution de telle ou telle mission parmi les hommes. Ces définitions pourraient traduire un certain idéalisme.

D'autres définitions reconnaissent le droit dans la conjonction d'un certain nombre d'impératifs formels dont on exige la réunion. La règle de droit, dans ce cas, se reconnaît bien moins dans son contenu que dans sa façon d'advenir et de s'imposer. Ces *définitions formelles* traduiraient un souci de pragmatisme, de neutralité, de rigueur.

Divergences donc, déjà sensibles dans les jugements que les auteurs portent mutuellement sur telle ou telle des types de définitions ci-dessus.

¹⁶⁷ Le positivisme n'est pas strictement le seul qui, par rapport au naturalisme, engage un retournement de l'analyse. Il n'appartient pas à la présente réflexion de consacrer de longs paragraphes à ce qui relèverait principalement de la philosophie, de l'histoire ou de la théorie du droit.

« *L'histoire a dégagé deux grandes définitions du droit* » déclare Gilles Lebreton¹⁶⁸ qui souligne l'ancienneté de la première démarche. « *La première, exposée par Aristote dans le livre 5 de l'Ethique à Nicomaque, était en honneur à Rome et parcourt le Digeste*¹⁶⁹. *Selon elle, le droit est un partage de choses extérieures, par exemple de biens ou de charges publiques. Il consiste à rendre à chacun le sien (sui cuique tributio). Cette conception du droit survit aujourd'hui dans une certaine mesure dans la doctrine sociale de l'église, via l'œuvre de saint Thomas.(...). Mais quels que soient ses mérites, nous la jugeons historiquement dépassée, car elle correspond à l'époque révolue d'un droit essentiellement jurisprudentiel. L'adopter, c'est se condamner à déplorer l'inexorable foisonnement de textes juridiques, et s'enfermer dans la vision pessimiste d'une dégénérescence du droit.* »

L'auteur se rallie donc à la seconde grande définition du droit dont il emprunte la formulation, dit-il, au manuel de *Théorie du droit* du professeur Jean-Louis Bergel. Il estime que cette définition fait aujourd'hui l'objet d'une adhésion très large : « *Elle consiste à présenter le droit comme l'« ensemble des règles de conduite qui ... régissent les rapports sociaux et dont le respect est assuré, au besoin, par la contrainte publique* ». Certes, Michel Villey lui reproche de confondre droit et morale, car selon lui toute règle de conduite est nécessairement morale. Mais on peut réfuter cette objection en se ralliant à la distinction kantienne du droit et de la morale. Selon Kant, en effet, la morale est l'ensemble des règles de conduite intérieure, dont le respect relève de la seule conscience individuelle, alors que le droit est l'ensemble des règles de conduite extérieure, dont le respect relève de la société¹⁷⁰. La définition contemporaine du droit ne présente donc pas d'inconvénient majeur. En outre, s'accommodant du foisonnement des textes juridiques, elle offre l'avantage de préserver l'hypothèse d'un progrès du droit¹⁷¹ ».

Nous prenons le risque de penser que ces deux définitions ne se situent pas véritablement sur le même plan, que donc elles ne se concurrencent pas vraiment. La première est une *définition substantielle* et l'autre une *définition formelle*. A ce titre – et fussent-elles

¹⁶⁸ Lebreton G., *Y a-t-il un progrès du droit ?*, op.cit., p.99. Gilles Lebreton se présente comme un adepte du positivisme sociologique. Michel Villey est un juriste contemporain proche des théories du droit naturel.

¹⁶⁹ Le *Digeste* (parfois appelé Pandectes) est un recueil méthodique d'extraits des opinions et sentences des juristes romains, réunis sur l'ordre de l'empereur Justinien. Sous la direction de Tribonien, une commission avait rassemblé les écrits des juristes pour en extraire des citations et les classer par matière. Le *Digeste* comprend cinquante livres, eux-mêmes divisés en titres, portant sur l'ensemble du droit privé (personnes, propriétés, obligations, droit successoral), la justice et le droit pénal. (Source : *Encyclopaedia Universalis*)

¹⁷⁰ A rebours de cette assurance, un propos du Doyen Carbonnier : « *Au XIXe siècle, au début du XXe encore, la distinction du droit et de la morale était enseignée comme allant de soi* » in Carbonnier J. *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion 2008, p. 115, 2^e paragraphe.

¹⁷¹ Lebreton G., *Y a-t-il un progrès du droit ?*, op. cit., p.99. Nous avons déjà relevé chez l'auteur le désir de préserver ses postulats.

insuffisantes - elles pourraient être conjointement défendues. La première, la *définition substantielle* exprime une légitimité, définit un esprit. Sans doute séduit-elle aussi par un désir d'élévation. La seconde, la *définition formelle*, est d'une simplicité plus technique.

Faut-il exprimer des préférences ? Nous retiendrons que le droit trace des routes dans les sociétés, se réservant de juger celui qui s'écarte trop nettement de ses « droits chemins ». Nous aurons à reconnaître alors – notamment dans un monde passablement procédurier, peut-être en perte de « valeurs », bien encombré quoi qu'il en soit d'affaires et de dossiers – que la sagesse de Salomon peut trouver rapidement ses limites. Il faut convenir aussi, partant de là, que les clairvoyances de l'esprit ne sont pas telles qu'on puisse être sûr d'avoir toujours et très exactement pointé le bien, le mal, le juste et l'injuste.

La seconde définition, fondée sur un mode de fonctionnement qui jugera des faits établis, les examinant dans un plus grand repos de conscience à la lumière des textes, sera peut-être plus fonctionnelle¹⁷².

La pertinence de cette *définition formelle* n'implique pas qu'elle soit suffisante en tout. Il est très fréquent – rappelle le professeur Mainguy - qu'au cours d'un procès à la question de la légalité de la règle de droit s'ajoute celle de sa légitimité ; l'existence « [...] du droit n'interdit pas un jugement de valeur sur sa teneur, [et, partant il] invite à la réflexion et à l'interprétation ou à l'éventuelle réforme des règles existantes. Ce faisant, le droit, tout positif qu'il soit, est en même temps empreint de règles du droit naturel [...] »¹⁷³.

Somme toute les *définitions formelles*, qui sont indiscutablement les plus nombreuses au sein de la doctrine, s'accordent d'une façon ordinaire – et quelles que soient les nuances qui s'expriment à travers elles – pour retenir quelques notions simples et complémentaires :

- le droit est un ensemble de règles obligatoires et contraignantes,
- leur transgression, en cas de besoin, sera sanctionnée par la puissance publique,
- ces règles organisent les relations humaines au sein de la société,
- ces règles revêtent un caractère général et impersonnel.

Trois jugements qui nous paraissent se compléter réunissent l'ensemble de ces points pour une évocation globale, essentiellement *formelle* et classique de la règle de droit qui se présente alors comme « [...] une règle de conduite dans les rapports sociaux, générale,

¹⁷² Notre choix ne croit pas devoir prendre en compte les raisons de l'auteur qui déclare opérer le sien d'une part pour éviter de « s'enfermer dans la vision pessimiste d'une dégénérescence du droit » puis d'autre part pour « préserver l'hypothèse d'un progrès du droit ». Calquer ses conclusions sur des postulats parce que l'on affectionne ces postulats pourrait n'avoir qu'une faible force probante.

¹⁷³ Sur ce point voir Mainguy D., *Introduction générale au droit*, op. cit., p 49

abstraite et obligatoire, dont la sanction est assurée par la puissance publique »¹⁷⁴, elle permet « [...] que la vie en société soit possible [...]. Si chacun de nous suivait son bon plaisir, chacun deviendrait un ennemi pour son voisin »¹⁷⁵. Elle prescrit « généralement » - *c'est-à-dire, dans l'abstrait et conditionnellement - un type de comportement [de sorte que] si tel évènement se produisait, tel sujet devrait adopter tel comportement* »¹⁷⁶. Rappelons-le : la règle de droit, se dérochant aux théories, n'est pas uniquement la loi *stricto sensu*. La règle de droit peut tirer sa légitimité de toute source du droit reconnue par la *puissance publique*.

Il nous semble que cette image du droit, dont nous venons de rassembler les éléments, correspond à celle que l'essentiel de la doctrine en donne¹⁷⁷. Or il semblerait que, déjà, nous ne puissions plus fonder là-dessus notre définition pérenne du droit.

2. Un réexamen devenu nécessaire

Défi du temps présent ? Cette image du droit pourrait bien appeler, déjà, des révisions. Certains de ses traits saillants sont à reprendre avec plus de souplesse (a) Et le droit, complexe et fragile de sa complexité devra pouvoir s'appuyer, pensons-nous, sur les valeurs (b).

a. Des assouplissements de la notion de droit.

Une première remise en cause des schémas classiques du droit découle de ceci : les règles de droit ne seraient pas toujours de portée générale. De plus en plus nombreux sont les auteurs qui admettent la portée individuelle de certaines règles de droit. Denys de Béchillon, souligne qu'une « [...] foule de normes¹⁷⁸ juridiques individuelles (*lato sensu*) irriguent le Droit dans toutes ses branches »¹⁷⁹. Dans leur *Traité de droit civil*, les professeurs Ghestin, Goubeaux et Fabre-Magnan n'hésitent pas à affirmer que les actes juridiques individuels

¹⁷⁴ Définition extraite du *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 532

¹⁷⁵ MAZEAUD H., *La règle morale et la règle de droit*, op. cit., site Internet *Le droit criminel, droit pénal et procédure pénale*.

¹⁷⁶ Geouffre de La Pradelle G. de, *Essai d'introduction au droit français*, Tome I, *Les normes*, Ed. Erasmé, Nanterre 1990, p. 35

¹⁷⁷ La doctrine, à travers la majorité des définitions qu'elle a proposées, regarde au moins le droit comme un ensemble de règles, pourvues de la sanction étatique. Voir par exemple, LARROUMET C. qui définit le droit comme « [...] un corps de règles ordonnant la vie en société de façon à éviter l'anarchie entre les membres du corps social », in *Droit civil, tome 1 Introduction à l'étude du droit privé*, Ed. Economica, Paris 1984, p. 8 ; ou CORNU G., pour qui le droit est un ensemble « [...] de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société », in *Vocabulaire juridique, Droit*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris 2005, 7ème édition, p.328 ; ou encore Amsselek P., pour qui le droit « [...] est constitué par les règles en vigueur dans les sociétés humaines qui correspondent à la mise en œuvre, dans ces sociétés, de l'autorité publique, du pouvoir public ou puissance publique », in *Le droit, technique de direction publique des conduites humaines*, Droits N°10, *Définir le droit 1*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris 1989, p.10. ou enfin AUBERT J.- L. qui le définit comme un « [...] ensemble de règles destinées à organiser la vie en société », in *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Ed. Armand colin Paris 1984, p. 7.

¹⁷⁸ Cet auteur utilise indistinctement les termes « règle » et « norme », voir p. 218

¹⁷⁹ Béchillon de D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Ed. Odile Jacob, Paris 1997, p. 28

« [...] participent [...] à l'organisation de la vie sociale et constituent, à ce titre, des éléments du droit objectif [et, ajoutent-ils] si une règle de droit est souvent générale – c'est notamment le cas de la loi - un arrêté individuel ou encore une décision émanant de l'Union européenne sont également du droit »¹⁸⁰. Par exemple, la décision¹⁸¹ de la Commission européenne du 8 juillet 2008 concernant les mesures que la France a mises à exécution en faveur de la Société Nationale Maritime Corse-Méditerranée (SNM) est une décision individuelle dont la France est seule destinataire. Une décision européenne est obligatoire en tous ses éléments : la signification de son énoncé représente une règle de droit. Par ailleurs, il existe des normes juridiques à caractère individuel¹⁸² au sens strict du terme (autrement dit concernant une *personne*). Par exemple, le décret de nomination d'un préfet maritime a une portée individuelle, or nul ne l'exclurait du champ de la juridicité. La définition classique « [...] de la règle juridique comme règle à portée « générale » ne paraît plus devoir s'imposer. [D'ailleurs,] le droit positif se charge de démentir cette ancienne définition : des autorisations de séjour sur le territoire aux expropriations pour cause d'utilité publique, le droit français regorge de ces normes juridiques visant des individus déterminés »¹⁸³.

Sans doute peut-on juger qu'une décision à portée individuelle, prise selon les voies de droit, conserve un côté *général* en ceci qu'elle est *publiée*, destinée donc à être connue de qui de droit pour avoir *force publique*. Mais nous restons, pour le moins, sur la lisière de la norme générale aperçue précédemment.

Remise en cause encore : les règles de droit ne sont pas toujours des règles de conduite. Convenons pourtant que c'est le cas le plus souvent : l'approche traditionnelle de la règle de droit n'est pas en cela contraire à la vérité. Par exemple, la signification de l'énoncé de l'alinéa 1^{er} de l'article 18¹⁸⁴ de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes qui dispose que « *Le transporteur ou son représentant doit, sur la demande du chargeur, lui délivrer un connaissement* » est une règle de droit imposant une règle de conduite. Mais il est vrai que *le plus souvent* n'est pas *toujours*. Que dire de la signification de l'énoncé de l'article L101-2¹⁸⁵ du code des ports maritimes qui dispose que

¹⁸⁰ Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., op. cit., p. 199

¹⁸¹ Décision 2009/611/CE de la Commission européenne du 8 juillet 2008 concernant les mesures C 58/02 (ex N 118/02) que la France a mises à exécution en faveur de la Société Nationale Maritime Corse-Méditerranée (SNM), JOUE L 225 du 27.8.2009, p. 180–237

¹⁸² Voir les exemples donnés par Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., op. cit., p. 199, note 40

¹⁸³ Robert-Wang L., *Règle de droit*, in *dictionnaire de la culture générale*, op. cit., p. 1326

¹⁸⁴ Cet article a été déplacé dans le code des transports et codifié à l'article L5422-3 du code des transports qui dispose que « *Le transporteur ou son représentant délivre au chargeur, sur sa demande, un écrit dénommé connaissement* ».

¹⁸⁵ Cet article a été déplacé dans le code des transports et constitue aujourd'hui l'article L5312-1 du code des transports. Il dispose que « *Lorsque l'importance particulière d'un port le justifie au regard des enjeux du*

« *Les grands ports maritimes sont des établissements publics de l'Etat* » ? La signification de cet énoncé ne prescrit aucune règle de conduite, mais n'est-elle pas pour autant normative ? Toute image élargie du droit – nous aurons à le vérifier – peut conduire à la recherche élargie des *sources*.

Autre remise en cause, enfin, du regard sur le droit : la valeur contraignante attachée de manière usuelle à la définition de la règle de droit paraît s'estomper. Certains contestent en effet le lien qu'il est d'usage d'établir entre la sanction d'Etat susceptible de s'appliquer dans le cas d'une transgression de telle règle et le caractère juridique de celle-ci. Tout au moins contestent-ils l'ordre de dépendance des termes : une règle estime le professeur Oppetit, « [...] *n'acquiert pas la juridicité parce qu'elle est sanctionnée par l'autorité publique, elle est au contraire sanctionnée parce qu'elle est juridique* »¹⁸⁶.

Est-ce aussi sûr qu'il y paraît ? Qu'a recherché le législateur en obtenant, par le vote et la promulgation, la mise en œuvre d'une disposition nouvelle ? Une règle qui puisse contraindre et qui donc sera rangée dans l'arsenal du juridique ? Une règle juridique et dont il apparaît qu'elle aura par conséquent la force de contraindre ? A rebours de ce que semblerait préférer le professeur Oppetit, nous pourrions nous laisser tenter par le premier choix ci-dessus. La chose est-elle importante au total ? Sommes-nous sur un terrain très différent de celui des fameuses *joutes* médiévales – propres à exercer l'esprit mais que le juriste Rabelais raillait au XVI^e siècle – et dont l'une se proposait de distinguer l'antériorité de la poule ou de l'œuf ? Nous n'aurons pas la vanité de vouloir trancher ce point.

Ce qui est sûr c'est qu'une tendance à dissocier la règle et la contrainte est dans « l'air du temps ». Nous devons en prendre acte. Il est vrai que les situations sont nombreuses – et pas toujours récentes – où la sanction n'accompagne pas la transgression de la règle et ceci parce que la mise en œuvre de cette sanction paraît délicate ou parce que cette sanction n'est pas prévue. Certes une règle de droit non respectée, sans qu'il s'en suive de sanctions, ne va perdre pour cette raison son statut de règle et l'on observe d'ailleurs « *Tant dans le droit international que dans le droit privé ou constitutionnel, [que] nombreuses sont les règles non sanctionnées qui demeurent, malgré tout, des normes juridiques* »¹⁸⁷.

Geneviève Chrétien-Vernicos, propose un certain nombre d'exemples :

développement économique et de l'aménagement du territoire, l'Etat peut créer, par décret en Conseil d'Etat, un établissement public de l'Etat appelé " grand port maritime ».

¹⁸⁶ Oppetit B., philosophie du droit, 1999, page 24, cité par Robert-Wang L., *Règle de droit*, in *dictionnaire de la culture générale*, op. cit., p. 1327

¹⁸⁷ Robert-Wang L., *Règle de droit*, op. cit., p.1326

- dans le domaine du droit public, « [...] *le Président de la République est tenu de promulguer les lois votées par le Parlement. Or aucune sanction n'est prévue en cas de non promulgation de la loi.*¹⁸⁸ »

- dans le domaine du droit privé, « *l'obligation naturelle est un excellent exemple d'une règle de droit non sanctionnée* ». *L'obligation naturelle* s'entend lorsqu'un créancier, par motif de conscience, effectue le remboursement que son créancier n'est pas en situation légale d'exiger de lui (nullité ou perte de la créance etc.), le non-paiement, par voie d'effet, n'étant pas sanctionnable. « *On ne peut dire néanmoins qu'il n'y a pas d'obligation. Car, si le débiteur s'exécute volontairement, on considère qu'il paie une dette [...] qu'il n'a pas accompli un acte gratuit à l'égard du créancier ; le paiement est considéré comme valable et il ne peut pas se raviser. Il s'agit d'une obligation dépourvue de sanction, son acquittement ne peut être que volontaire*¹⁸⁹ ».

- enfin, dans le domaine du droit international public, qui gère les relations entre Etats et qui donc, par définition, ne peut qu'échapper au droit interne, « *il est difficile de concevoir et surtout d'appliquer des sanctions adéquates en cas de violation de ses obligations par un État. C'est une des raisons pour lesquelles certains nient l'existence d'un véritable droit international public pour y voir seulement un ensemble de règles plus ou moins morales*¹⁹⁰ ».

Peut-être peut-on penser que les deux premiers exemples illustrent des situations qui restent marginales au regard de la globalité du droit, que leur rapport avec le droit, tel que la doctrine classique l'envisage, est semblable au rapport qui lie la règle et l'exception, que ces situations trouveraient tout leur prix quand il s'agit de « *penser le droit* » mais que leur importance est moindre au plan global de sa *pratique*. Il n'en reste pas moins qu'il est important de « *penser le droit* ». De plus en plus éventuellement.

Quant au troisième exemple, afférent au droit public international, il n'impose pas de réviser l'idée que l'on se fait de la juridicité. Le domaine international, et notamment public, est terre pauvre à l'égard du droit. Doit-on penser, par conséquent, que des menaces sur la santé du droit, sinon sur la vie du droit, pourraient bien être liées – les temps qui viennent auront la charge de le dire - à l'internationalisation du monde, à la *mondialisation* ?

Pour finir, il apparaît que l'aspect contraignant n'atteint pas, par principe, un certain type de règles, les règles descriptives, visant à encourager certains comportements, ces règles

¹⁸⁸ Chrétien-Vernicos G., *Introduction historique au droit*, op.cit., p.13

¹⁸⁹ Ibid. Il s'agit ici, de toute évidence, d'une dette contractée sans aucune écriture, un prêt consenti à l'amiable et sur garantie de parole.

¹⁹⁰ Ibidem

sont alors dites « *souples* ». De plus en plus nombreuses et souvent contenues dans « *des déclarations d'objectifs, des normes d'orientation, des programmes d'action* »¹⁹¹, ces règles sont bien des règles de droit si elles émanent des pouvoirs législatifs ou règlementaires¹⁹². Et bien que simplement descriptives, ces règles de droit sont nonobstant « [...] *opposables à l'administration et aux particuliers* »¹⁹³.

Sans doute il ne faut pas s'inquiéter – si convaincu qu'on soit de la nécessité d'un encadrement des sociétés par le droit - de l'existence de ce droit souple¹⁹⁴, une « [...] *notion doctrinale relative à des textes ou à des dispositions juridiques n'ayant pas par eux-mêmes d'effets contraignants mais susceptibles de contribuer, dans certaines conditions, à la formation de nouvelles règles juridiquement contraignantes*¹⁹⁵ ». A défaut de fixer la *norme* il décrit la *normalité*, se présentant de surcroît comme un laboratoire du droit. Peut-on penser qu'une règle de droit n'est pas contraignante en ceci qu'elle est *de droit* mais en cela qu'elle est *la règle* ? On pourrait alors juger que les règles souples – et quelque usuelle que soit devenue l'expression - ne sont pas véritablement des *règles* et tout au plus des repères ou des cadres ou des conseils. Une *règle* serait droite et ferme, ayant à guider le trait de la plume ou à gérer pour le mieux la société des vivants. Nous ne retiendrons pas ce point de vue, jugeant qu'une *règle de droit*, traditionnellement contraignante et sanctionnable, a la faculté de ne pas l'être. Elle est « [...] *un étalon de mesure. Elle peut rappeler, constater et recommander* »¹⁹⁶. Le Pr. Jacquet note que « *De tout temps et sous toutes les latitudes, des règles au contenu plus ou moins vague et imprécis ont pu exister sans que ne soit pour cette seule raison remise en cause leur nature de règles de droit [...] la flexibilité du contenu d'une règle ne saurait être assimilée à l'indétermination de son sens* » et l'expression *règle non contraignante* ne désigne pas une disposition « [...] *ne produisant aucun effet, [...] ces règles peuvent comporter des conseils, des recommandations, de simples modèles de comportement prenant la forme de chartes ou de codes de conduite. Les codes de conduites privés, très nombreux à l'heure actuelle, [...] élaborés par une association professionnelle ou un organisme*

¹⁹¹ Auby J.-B., *Prescription juridique et production juridique*, RDP, mai-juin 1988, p. 675, cité par Robert-Wang L., *Règle de droit*, op. cit., p. 1326

¹⁹² Dans son article précité, Robert-Wang L. précise en effet que le 1^{er} juillet 1980, le Conseil Constitutionnel « [...] a consacré l'existence de ce type de norme juridique en admettant [...] que le législateur et le pouvoir réglementaire puissent formuler de telles recommandations », p. 1326

¹⁹³ Ibid., p. 1328

¹⁹⁴ L'expression pourra paraître plus heureuse – y compris dans la traduction de l'anglais *soft law* – que celle de *droit mou* qui reste couramment employée.

¹⁹⁵ *Vocabulaire des affaires étrangères (liste de termes, expressions et définitions adoptés)*, JORF n°0245 du 19 octobre 2008 page 16049

¹⁹⁶ Mekki M., *Propos introductifs sur le droit souple*, in *Le droit souple*, Journées nationales Tome XIII / Boulogne-sur-Mer, Association Henri Capitant, Ed. Dalloz, Paris 2009, p. 7

corporatif [...] se composent de règles de conduite destinées à être observées à l'intérieur d'une entreprise, ou entre les membres d'une profession, voire vis-à-vis du public»¹⁹⁷.

Suivant la même logique, le professeur Thibierge constate que si le droit souple est souvent accusé d'être imprécis, ceci « [...] ne signifie pas pour autant [qu'il soit] indéterminable ; sans obligation ne veut pas nécessairement dire non respecté ; et sans sanction ne s'assimile pas à sans effets. C'est que le droit souple jouit d'une normativité particulière, non pas inhérente et consubstantielle, mais évolutive, en raison de sa forte codétermination par le juge et par ses destinataires»¹⁹⁸

De plus en plus nombreux sont les auteurs qui classent les règles de droit souple au sein des règles classiques de droit. Le Pr. Terré, voit dans le droit plus qu'une somme de règles accompagnées de sanctions, il est aussi « [...] coutume, pratique, jurisprudence, recommandations, etc.¹⁹⁹ » Le droit peut donc être souple. Or par ailleurs d'autres règles, morales, religieuses, ou tenant à l'honneur ont leurs sanctions : le tourment tout intérieur de la conscience, la solitude, excommunication, réprobation. Il n'en reste pas moins vrai que la règle de droit reste la seule *susceptible*²⁰⁰ d'être sanctionnée par la puissance publique, autrement dit l'Etat. Ne dit-on pas que les Etats, face à la surpuissance d'intérêts économiques transfrontaliers, chez nous face à l'Europe, ont de moins en moins de pouvoirs ? L'Etat, père de la loi ? Quid de demain ? Le droit, chahuté, devra – pensons-nous - se fortifier des valeurs.

b. Les valeurs, une source indirecte du droit ?

Présenter les valeurs comme une *source du droit*, conservant au mot « *source* » un sens juridique un peu restrictif, aurait valeur d'impropriété. Nous aurons à préciser ce sens. Or il semble à certains que les sources reconnues du droit connaîtraient une rapide inflation. Le sens même du mot pourrait, dit-on, s'élargir. Tel n'est pas notre sentiment mais il est trop tôt pour examiner ce point. N'entendons par « *source indirecte* » ici qu'une influence exercée sur le droit, qu'une impulsion donnée au droit.

Nous prenons la responsabilité de penser, d'une façon certes un peu personnelle, que le droit, face à l'épreuve du temps présent, face à demain, pourrait trouver quelque regain de solidité dans la réaffirmation d'un certain rapport avec les valeurs. Il ne s'agit pas ici d'opérer des confusions qui seraient mal venues, ni de réintroduire en rien la morale au sein de la

¹⁹⁷ Jacquet J.-M., *L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double)*, in Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit, Ed. Litec, Paris 2009, p. 339

¹⁹⁸ Thibierge C., *Source du droit, sources de droit : une cartographie* in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Ed. Dalloz, Paris 2006., p 336

¹⁹⁹ Terré F., *Pitié pour les juristes!*, RTD Civ. 2002 p. 247

²⁰⁰ Nous avons vu qu'elle peut-être dénuée d'effets contraignants

juridicité. Le droit, nous en avons convenu, n'est pas la morale. Et l'arbre n'est pas la terre. Il n'en est pas moins vrai qu'il s'enracine dedans.

Il s'agit seulement de remettre en lumière – et c'est de quelque façon l'idée de *source* indirecte que nous avons à l'esprit – que les règles morales ou religieuses - ontologiquement liées le plus souvent - marquent bien souvent la règle de droit de leur empreinte. Par exemple la règle morale imposant de tenir sa parole a influencé la prescription énoncée par l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil, lequel dispose que les « [...] *conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Pareillement, l'article 1382 du code civil selon lequel tout « [...] *fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » trouve ses fondements dans la règle morale interdisant de nuire à autrui. On pourrait multiplier les exemples à l'infini. Il nous semble que la référence morale, notamment dans les périodes de doute, doit être prise en compte de sorte que le droit s'engage « *dans le bon sens* ». Une science le droit ? Mais, soulignait si justement Rabelais, « [...] *science sans conscience n'est que ruine de l'âme* »²⁰¹ et partant, pensons-nous, ruine finale de l'homme. Nous songeons précisément que ce sont des *règles de droit* qui ordonnèrent, au cours du siècle précédent, la déportation, le génocide des Arméniens, puis la déportation, le génocide des Juifs. Ces règles de droit étaient légales, car elles émanaient d'autorités investies du pouvoir, point n'est besoin de préciser qu'elles étaient injustes, abominables, insupportables en tout.

Mais à l'épreuve d'un temps que l'économie conquérante investit peu à peu, malmené par divers soubresauts d'une époque où l'on se plaît à convenir que *les valeurs* s'effacent devant *la valeur* – unique - de l'argent, le droit, pour ne pas mourir, doit considérer *ces valeurs*. L'affirmer n'est pas se réfugier dans le diffus ni le confus. Nous le mesurons bien : se persuader qu'aucune communauté ne saurait, d'hier à maintenant, d'ici à là, se différencier sur le plan des valeurs, serait forcément se tromper. Soutenir, partant de là, que toutes les valeurs sont un legs d'immuable stabilité, serait soutenir une erreur. Sans doute en va-t-il ainsi de toutes les choses humaines. Il reste qu'à côté de décisives diversités, qui sont l'identité des lieux et des temps, se distingue un fonds commun d'humanité. Nous ne rêvons d'ailleurs pas de l'éternelle universalité d'un droit – même si d'assez larges accords pourraient peut-être se découvrir pour désigner ce qui est « *bien* », ce qui est « *mal* ». Nous pensons d'abord au droit d'ici, de maintenant : c'est-à-dire au droit de demain.

²⁰¹ Rabelais, *Pantagruel*, 1532, Chap. VIII

Nous vivons dans un monde où les décisions se prennent à court terme, où l'économie, la politique aussi, sollicitent le droit sur un terrain de manœuvres. Une tentation de toujours mais qui pourrait s'intensifier. Nous pensons qu'à rebours il est impératif qu'on installe le droit dans des perspectives à plus vaste champ, que mûrisse la volonté de resserrer le voisinage entre les droits *positif* et *objectif*²⁰², ce dernier, sensible aux valeurs, indiquant les devoirs de tous. « *En droit civil, les commentateurs ne manquent pas de noter qu'avec quelques gouttes de morale, le droit s'assouplit, c'est comme de l'huile dans les rouages.*²⁰³ » écrit le Doyen Carbonnier, rappelant le Doyen Ripert qui, dès 1926, évoquait un droit « *vivifié par une montée continue de la sève morale*²⁰⁴ »

Cette prise en compte des valeurs pourrait d'ailleurs n'être pas qu'un vœu pieux. C'est souvent qu'on évoque *l'éclatement* du droit qui se découvre dans la multiplication de ses spécialités. Cet éclatement poserait le problème de la lourdeur et de la fragilité, le problème aussi d'un certain vertige. Or cet éclatement peut aussi se regarder parfois comme un enrichissement. C'est un souci moral, un souci *des valeurs* que Jean-Luc Aubert distingue *in fine* dans l'inflation du droit civil. « *Le droit civil a ainsi intégré [...] contre l'individualisme libéral d'origine, la prise en compte de l'intérêt général et de la sauvegarde des droits des plus faibles.*²⁰⁵ »

Même ainsi, dira-t-on, la pleine distinction *des valeurs*, n'est pas chose aisée. La pleine définition du droit non plus !

Comment, dès lors, redéfinir la règle de droit ? Nous pourrions y voir, comme le professeur Amselek, un modèle d'action qui indique « *aux hommes auxquels elles sont adressées et communiquées, la mesure de leurs possibilités d'agir, afin qu'ils ajustent leur conduite sur cette mesure et qu'ils s'y conforment : les règles ou normes juridiques sont, en ce sens, des mesures à suivre, à observer, à respecter dans les réalisations que les hommes*

²⁰² On pourrait juger que le droit positif, au sein du droit objectif, est le droit de *l'actuellement possible au vu des normes en vigueur*. En cela le droit objectif est plus englobant, sans doute aussi plus idéal. C'est l'avis du professeur Ghestin : « *A notre sens, le droit objectif ne se réduit pas à l'ensemble des règles positives. Celles-ci doivent servir de guides dans la recherche de la solution juste, mais c'est cette dernière qui est véritablement le droit objectif* », (Ghestin J., (sous la dir. de), *Traité de droit civil, Le contrat : formation*, Ed. LGDJ, 2^{ème} édition, Paris 1988 n° 181) et « *Le droit objectif est opposé assez souvent au droit positif en ce sens qu'à la différence de celui-ci il intègre des valeurs* » (in Les données positives du droit, RTD civ. 2002.11, spéc. p. 13, n° 6). Voir aussi Malaurie P., « *le droit objectif est composé de règles abstraites et générales. Il « comporte deux éléments caractéristiques... : l'existence d'une contrainte et l'idéal de justice et d'ordre qu'il recherche* », in Droit civil, Introduction générale, Ed.Cujas, Paris 1994, p.26. D'une façon plus immédiate, il est connu que le droit objectif se détermine dans sa relation constante avec le droit subjectif. Le « *droit objectif* » est le droit *des devoirs de tous*. Complémentairement, le « *droit subjectif* » est le droit *des libertés de chacun*. Droit subjectif et droit objectif sont l'avant et le revers de la médaille du droit.

²⁰³ Carbonnier J. *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, Paris 1996, p. 115.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Aubert J-L., *Introduction au droit*, op. cité, p. 22.

accomplissent»²⁰⁶, car c'est « [...] de sa vocation à servir de référence afin de déterminer comment les choses doivent être qu'un énoncé tire sa signification normative »²⁰⁷.

Pour conclure sur ce point, nous voudrions nous rallier²⁰⁸ à la très juste définition de la règle de droit que nous a offert, il y a quelques décennies, le professeur Gény. Les règles de droit dit-il « [...] visent nécessairement et exclusivement, à réaliser la justice, que nous concevons tout au moins sous la forme d'une idée, l'idée du juste au fond [...] Le droit ne trouve son contenu, propre et spécifique, que dans la notion du juste, notion primaire, irréductible et indéfinissable impliquant essentiellement non pas seulement les préceptes élémentaires de ne faire tort à personne et d'attribuer à chacun son dû, mais la pensée plus profonde d'un équilibre à établir entre les intérêts en conflits, en vue d'assurer l'ordre essentiel au maintien et au progrès de la société humaine»²⁰⁹. Qu'elle soit générale ou individuelle, directive ou non, contraignante ou pas, c'est comme cela, pensons-nous, que devrait être perçue la règle de droit : modèle d'action juste, permettant à tous de vivre ensemble, le plus harmonieusement possible.

C'est très modestement que nous définirons alors le droit comme l'ensemble des règles²¹⁰ de droit, générales ou particulières, contraignantes ou non, quelle que soit leur source, mais qui sont officiellement reconnues en tant que telles, en raison de leur finalité régulatrice de la vie au sein de la société des hommes, et afin d'assurer la pérennité de cette dernière.

Voilà qui vaut pour le droit maritime et tous les droits des espaces marins, pour la mer aujourd'hui menacée de tant de fièvres, où le droit peine à faire entendre... ses valeurs.

Pour tenter de cerner au mieux la notion de droit nous avons, dans des occasions plurielles, évoqué la notion de *source*. Il convient d'éclairer cette notion.

II. La notion de sources du droit : querelle sur le sens d'un mot

Le droit, tel que nous venons de l'observer, de tenter de haute lutte de l'enclorre dans un champ de concepts – il ne faut peut-être pas penser que nous l'avons véritablement *défini* : la prétention de *définir* a quelque chose de *définitif* – ce droit c'est celui que nous avons principalement regardé dans l'*ici* et le *maintenant*. C'est un droit toujours en formation, qui est peut-être en pleine transformation. Faut-il être plus pessimiste – aventurer le mot

²⁰⁶ Amselek P., *lois juridiques et lois scientifiques*, Droits n°6, Ed. P.U.F., Paris 1987, p. 131

²⁰⁷ Jeammaud A., *La règle de droit comme modèle*, D., 1990, p. 199, sous point 4.

²⁰⁸ Comme le fit le professeur Robert-Wang dans l'article *Règle de droit*, précité.

²⁰⁹ Gény, *Science et technique en droit privé positif*, tome 1, 1914-1924, cité par Robert-Wang, *Ibid.*, p. 1328

²¹⁰ Entendues comme modèles d'action juste. Que l'on souhaite qualifier ces modèles de règles de droit ou de normes juridiques importe peu en définitive.

« *déformation* » dans la pensée que ce droit bousculé, qui se cherche, est peut-être trop dispersé dans des routes aventurées ? Qu'en sa qualité de ciment social, il devrait n'offrir que moins de place au ciment *souple*, au ciment *mou* ? Ces doutes sont peut-être un peu plus pessimistes que fondés. Peut-être sont-ils hâtifs. Nous aurons à y revenir plus loin dans le titre 2 de la présente étude en examinant la façon dont paraît devoir se modifier le schéma traditionnel des sources du droit maritime. Il ne s'agit pour le moment que de schéma traditionnel et cela ne revient pas à soutenir que notre approche en sera simple ou facile.

La paternité de l'expression *source du droit* reviendrait à Cicéron qui parlait de « *fons juris* », de « *fontaine du droit* ». L'idée donc, et pareillement l'expression, sont anciennes ; et si l'effort pour une pleine possession du sens est de si grande importance aujourd'hui c'est sans doute à cause des vicissitudes dont le droit semble souffrir. Il s'agit d'une question pleinement actuelle et non sans gravité : comment définir la source du droit ? Que doit-on regarder légitimement comme étant source du droit ?

La notion de *source du droit*, c'est là le premier obstacle, et une notion polysémique, une notion dispersée. Les sources reconnues du droit – celles qu'on jugera *reconnues* malgré les divergences des analyses ou les différences des exposés – sont loin d'être égales en force et en volume : on pourrait parler de sources aux variables débits. La notion de droit se trouvant circonscrite, on aurait pu penser qu'il serait fort aisé d'en repérer les sources. Or la doctrine est loin de s'accorder sur les sources du droit. Nous nous proposons de rendre un compte bref de cette diversité (A) puis de faire un essai de clarification (B).

A. Le mot source et ses usages en droit

Qui cherche les sources du droit, se penchant sur les eaux du droit, distingue un reflet pluriel et troublé. La notion, de prime abord, est remarquable par l'abondance des significations que lui attribue la doctrine. Il nous avait semblé bon, dès les premiers développements, de distinguer d'une part la *provenance*, en tant que fondamental enracinement du droit (dans une volonté divine, ou la nature humaine ou dans le poids des sociétés humaines) et d'autre part les « *sources* », aperçues comme assises utiles à la tenue du droit positif. Il semblerait que cette distinction ne soit pas toujours pratiquée.

Nous vérifierons la multiplicité des sens que prend en droit le mot « *source* » en prenant appui sur le travail de recherche et de mise en cause entrepris, dans le vaste champ des auteurs, par un juriste éminent (1). Nous vérifierons l'essentiel de ces données récoltées *tous azimuts* par l'examen d'un exemple plus particulier : l'étude de la diversité des sources

du droit qu'un autre juriste connu prend à son compte (2). Nous apercevons que la diversité génère des divergences (3).

1. *Un exposé global et critique à compte d'un auteur.*

Multiplés sens, donc. Le Pr. Jestaz, qui a consacré bonne partie de ses travaux de juriste à l'étude des sources, a dénombré pas moins de cinq significations pour l'expression « *sources du droit* », tout en remarquant que « [...] *les auteurs ne distinguent pas toujours entre elles lorsqu'ils se livrent à une présentation dogmatique, dite les théories des sources* »²¹¹.

Dans le premier sens que relève la quête du professeur Jestaz, l'expression *source du droit* pourrait s'entendre pour désigner la *provenance* immémoriale ou solennelle du droit. Les sources du droit seraient, dans ce cas, le « [...] *fondement idéologique d'un système juridique donné : selon les cas, la source du droit est censée résider dans la souveraineté nationale ou dans une coutume immémoriale ou dans la volonté divine.*²¹² ». A l'exception de la souveraineté nationale, les *provenances* ici relevées sous le nom de « *sources* » sont celles qui emporteraient l'adhésion des tenants du droit naturel.

Dans un second sens, les sources du droit seraient à chercher dans certain nombre de forces sociales : « [...] *Ce que Ripert appelait les « forces créatrices du droit ».* Ici le professeur Jestaz parle de sources réelles et vise pareillement les acteurs économiques, les syndicats, les partis etc. en tant qu'ils constituent des « [...] *groupes sociaux silencieux, informels et changeants* »²¹³. *Provenances* toujours : il s'agirait, pour le coup, des éléments que privilégient les analyses du positivisme sociologique pour les ancrages originels du droit.

Dans un troisième sens aperçu par l'étude du professeur Jestaz, les sources du droit pourraient être envisagées comme procédant de la documentation rassemblée. Les sources seraient alors « [...] *l'ensemble des discours [...] qui constituent la partie visible de la matière juridique [qu'ils soient] écrits ou oraux. Écrits : loi et ses travaux préparatoires, décisions de justice, acte de l'administration des particuliers [...]. Oraux : coutumes et jugements dans les sociétés traditionnelles, aujourd'hui cours professoraux, plaidoiries d'avocats, débats et colloque, etc. Ce sont, en bref, les sources documentaires* »²¹⁴. On peut juger que, dans cet emploi, le mot rassemble en une seule « *source* » - une bibliothèque abondamment fournie mais hétérogène – une vaste diversité de comptes-rendus sur le droit,

²¹¹ Jestaz Ph., *Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources de droit)*, RTD civ. 1993, p. 73

²¹² Ibid.

²¹³ Ibidem.

²¹⁴ Ibidem.

de discours cheminant vers la connaissance du droit, vers la transmission de cette connaissance. En telle façon que l'image, ou l'idée, de véhicules du droit, de vecteurs du droit, de témoignages sur le droit pourraient se justifier mieux que toute idée de *source*.

Dans un quatrième sens, les sources du droit seraient la partie des précédentes sources documentaires ayant le statut de norme juridique dotée de la force obligatoire (règles légales, coutumières, jurisprudentielles et principes, tels que les principes généraux du droit). C'est indéniablement ce sens qui s'approche le mieux de celui dont convient une majorité de spécialistes intéressés par la théorie des sources – quelles que soient, convenons-en, les divergences qui subsistent. Les sources du droit sont *ici* du droit, quelque chose comme un droit garanti que l'on classe pour l'occasion selon la diversité des « *jaillissements* », la *source* figurée de *tout acte juridique*, l'eau du droit vérifiée dans sa qualité d'origine et mise à disposition de chacun : du juge et de qui souhaite s'en abreuver.

Enfin dans un cinquième et dernier sens, le concept de *source du droit* pourrait exprimer l'idée de *forges* du droit. Cet emploi du mot se rapporterait donc aux activités productrices de droit, « [...] *ou, ce qui revient au même, aux creusets dans lesquelles s'exercent ses activités : le Parlement avec ses commissions, les ministères, les tribunaux, les services juridiques des entreprises et autres organismes privés ou publics, le notariat, le barreau, l'édition juridique... On retrouve ici certaines des « forces créatrices », mais en tant qu'elles s'organisent spécifiquement pour l'élaboration du droit* »²¹⁵. Forces ou forges ? L'idée se dirigerait ici vers les orfèvres divers du droit, vers une chimie de métal brûlant qui, orienté par eux vers les justes *creusets*, s'affine et se forme. Il s'agirait donc de *provenance* aussi mais dans un sens technique : un sens en quelque sorte ouvrier portant sur la *formation consciente* et organisée - le tout se trouvant ici soutenu par une image issue de la chimie minérale ou de l'industrie sidérurgique des hauts-fourneaux : l'image du *creuset*.

Le professeur Jestaz préconise de s'en tenir à sa quatrième entrée : celle « *des sources documentaires* » ayant « *le statut de norme juridique* ». Il estime que les deux premiers sens – celui des autorités fondatrices et celui des forces créatrices au sein de la société - « [...] *ne sont jamais répertoriés en tant que tels au sens de la théorie des sources* ». Et pour le reste il convient de laisser « *aux documentalistes le soin de classer les sources documentaires [...] et aux sociologues celui d'étudier, voire de catégoriser les pôles d'activité juridique* »²¹⁶.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ Ibidem.

L'enquête du professeur Jestaz se donne de la hauteur et du recul : ce n'est pas sa propre analyse qu'il expose et sa démarche, non dénuée d'une intention critique, est celle de la collecte. Il est facile, au demeurant, de vérifier.

2. Points de rencontre et de vérification

Le rapide examen qui suit constate aisément la proximité des analyses. Au moins l'idée de la diversité dans l'emploi du mot *source* est-elle illustrée sans ambages.

Le professeur Catherine Thibierge, marchant sur les brisées du professeur Jestaz à qui son travail rend hommage au sein d'un ouvrage collectif, distingue, elle, jusqu'à huit sens du mot *sources*. Or les deux premières *sources* recourent, fidèlement nous semble-t-il, les deux principales *origines* du droit que nous avons distinguées²¹⁷.

Le professeur Thibierge, en dépit de sa confiance dans l'existence d'une « *unité fondamentale et voilée* » souligne elle-même que la notion est « [...] *hétérogène, composite, plurielle, insaisissable, manquant de rigueur et de dénominateur commun...* » Elle relève aussi l'ambiguïté qui trouble, en quelque façon ces sources. « *Dans la multiplicité de ces acceptions, la source désigne ainsi le fondement, les forces, les instruments, les organes, les acteurs, les processus, les pratiques et les normes*²¹⁸ ». Le professeur Thibierge en prend son parti. « *Paradoxe apparent, au sein même de cette diversité se cache son essentielle unité : quel dénominateur commun plus fort en effet que celui de la création du droit, dans l'acception la plus large de l'expression ?*²¹⁹ ». Nous dirons notre fort simple conviction que la *source* est non pas une création de droit mais un droit déjà créé.

Le professeur Cornu²²⁰ définit d'emblée, les sources du droit comme les : « *forces d'où surgit le Droit (objectif) ; ce qu'il engendre* ». On relèvera que les sources sont regardées, dans cette formulation globale, introductive du propos, non comme des formes disponibles du droit, non comme un droit constitué, mais principalement comme des forces gestantes du droit, comme des antécédents du droit – dont naît, précise l'auteur le « *droit objectif* »²²¹.

Il classe ces « forces » en quatre catégories :

²¹⁷ Au nom desquelles s'opposent les tenants du naturalisme et les partisans du positivisme. D'abord la « *source fondatrice, au sens de source initiale et ultime, telle que la source révélée, Dieu, ou bien l'Etat ou la volonté populaire, ou encore la norme fondamentale chez Kelsen...* ». En second lieu les « [...] *forces créatrices [...]* *forces politiques, sociales, morales, économiques ou historiques qui sous-tendent et influencent le droit sans pour autant en faire partie.* », Thibierge C., *Source du droit, sources de droit : une cartographie* op. cit., p. 530.

²¹⁸ Ibid., p. 531

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ Cornu G., *Vocabulaire juridique, Source*, op. cit. p. 864

²²¹ Nombre d'auteurs emploient concurremment, sans toujours les distinguer, les expressions « *droit objectif* » et « *droit positif* ». Nous les avons distingués dans une présente note. Convenons seulement qu'ici l'expression « *droit positif* », qui désigne le droit posé, celui qui se trouve en vigueur, n'aurait pas été mal venue.

- La première catégorie réunit assez fidèlement ce que nous avons regardé, dans les débuts de la présente réflexion, comme étant les *provenances* ou les *ancrages* du droit.

- La seconde catégorie distinguée par le professeur Cornu accueille après cela, dans un autre sens de l'expression, les *sources du droit* comme une forme éclosée et disponible du droit, dûment estampillée par un sceau qui constitue la garantie de sa juridicité. C'est, dit l'auteur, la « *forme sous l'action de laquelle la règle naît au Droit ; moule officiel dit source formelle, qui préside positivement à l'élaboration, à l'énoncé et à l'adoption d'une règle de Droit : fonction reconnue, selon les systèmes juridiques, à la loi, à la coutume, à la jurisprudence ou à la doctrine. Ex. en Droit français, loi et coutume sont les seules sources formelles incontestées, la doctrine et la jurisprudence étant plutôt des autorités (mais l'admission de celle-ci a d'ardents défenseurs et ses créations prétoriennes en font a posteriori une source historique* »²²². Il n'est pas malaisé de reconnaître ici, reprenant en gros la quatrième entrée du professeur Jestaz, les pôles habituellement considérés par la théorie des sources - avec les distinctions dont les juristes débattent. Ce segment de définition, dont nous voudrions soutenir qu'il est seul utile, illustre en toute netteté que la source du droit c'est déjà du droit, la source autorisée dans laquelle on puise.

- Une troisième catégorie, proche de la quatrième entrée du professeur Jestaz (nous avons parlé de *forges du droit*) rangerait, sous un autre sens du mot *source*, un ensemble d'antériorités du droit, d'œuvres d'avant-plan, de présences dans la coulisse ou de premiers labours, préparant au droit futur une forme ou peut-être un sol. Avec une éventuelle exception pour « *la pratique contractuelle* », qui est citée, c'est l'élaboration du droit qui est visée, l'état préalable au démoulage ou à la moisson, donc une forme *d'origine* à nouveau.

- Le professeur Cornu juge enfin que l'expression « *source du droit* » peut s'entendre de la documentation qui tient mémoire du droit. Nous choisissons donc, à l'instar du professeur Jestaz, d'en laisser toute la charge « *aux documentalistes* ».

Deux choses, nous semble-t-il pourraient être retenues de ceci.

D'abord l'idée d'un labyrinthe où l'esprit courrait risque de s'égarer. « *Le domaine des sources du droit est un domaine où règne aujourd'hui le plus grand désordre* » lit-on dans

²²² Cornu G., *Ibid.*

une thèse consacrée au sujet²²³. Cependant qu'un ouvrage de philosophie du droit proclame à peu près sans détours : « *La notion de sources du droit, c'est le bazar*²²⁴ ».

De tout ce qui précède, et à côté de l'idée de labyrinthe, on retiendra tout aussi bien qu'une ligne de partage des eaux traverse et sépare en deux les emplois divers du mot *source* au sein du droit. Sur un versant, se rencontrent de multiples sens qui ont en commun de désigner des antériorités du droit, des gestations du droit, des forces ou des formes en amont du droit, qui *donc* ne sont pas du *droit formé*. Sur l'autre versant, le sens de réserves ou de jaillissements qui, en tant que tels, proposent du droit – du droit reconnu – pour soutenir et justifier toute œuvre où l'on dit le droit.

3. *Diversité, source de divergences.*

Force est de constater les divergentes attractions qu'exercent sur les auteurs ces deux pentes des *sources*. Il ne nous appartient pas de décider si, conformément à l'affirmation du professeur Jestaz les auteurs ne distinguent pas la diversité des significations de ce mot.

En contrepartie – sans que nous pensions pouvoir enfermer toute la pensée d'un auteur dans un jugement rencontré – les définitions proposées montrent des orientations.

D'aucuns regardent principalement les *sources* du droit comme des antériorités. C'est ainsi que le professeur Lasserre-Kiesow choisit de distinguer par là « [...] *les modes de formation des règles juridiques au sein d'une société donnée, les différentes façons dont ces règles sont établies* »²²⁵. Certains, qui sont à ranger dans cette même obédience, incluent volontiers dans leur définition des sources un ensemble d'éléments susceptibles de générer du droit²²⁶, voire « [...] *tous les éléments qui influent sur la formation du droit* »²²⁷.

D'autres, à rebours, se rallient d'une façon manifeste à l'idée qu'une source du droit c'est la réserve vive où l'on puise le droit. C'est très précisément le verbe « *puiser* » qui surgit sous la plume de M. Jean-Pierre Gridel, Conseiller à la Cour de cassation, lorsqu'il arrête sa réflexion sur le mot *source* : « [...] *qu'on l'entende dans un sens idéal, ou bien matériel, ou bien encore, comme nous le ferons, dans une acception formelle et positiviste, la source, comme l'écrivent pertinemment les professeurs Deumier et Rivet, c'est toujours « l'endroit où*

²²³ Lehot M., *Le renouvellement des sources internes du droit et le renouveau du droit de la responsabilité civile*, Thèse de doctorat, Le Mans 2001, p. 759, n° 553 cité par Thibierge C. in *Source du droit, sources de droit : une cartographie*, op. cit. p. 528, note 52.

²²⁴ Vullierme J-L. « *Les anastomoses du droit* » in *Sources du droit*, Ed. Sirey, Archives de la philosophie du droit, Tome 27, Paris 1982, p. 6

²²⁵ Lasserre-Kiesow V., *L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit*, D. 2006, p.2279

²²⁶ Sur ce point voir Ghestin J., Goubeaux G., Fabre- Magnan M., *Traité de droit civil, Introduction générale*, op. cit., p. 192-193

²²⁷ Ibid., p. 194

l'on puise »²²⁸. Le professeur Terré va résolument dans le même sens pour qui « *la métaphore [des sources du droit] renvoie à l'existence de points d'émergence de la règle juridique qui révéleraient en même temps ce qui fonde le caractère obligatoire²²⁹ de celle-ci »²³⁰.*

Doit-on souligner que ces emplois divers ont tous leurs justifications ? Mais que la diversité qui naît de là – pour l'étudiant, pour le juriste aussi – serait bien quelquefois... *source* d'ambiguïté ? D'où vient cette ambiguïté ? C'est le langage, ici, qu'il faut interroger.

B. Petit essai de clarification

Ancrages transcendants, forces gestantes au sein de la société, travaux préparatoires, décisions de justice, coutumes, cours magistraux, plaidoiries, colloques, normes édictées, lois, règlements, décrets, Parlement, tribunaux, services juridiques, données morales, doctrine, pratiques contractuelles, documents. Demain – mais peut-on vraiment le penser ? – décisions prises et imposées sous le diktat de l'économie par de riches sociétés transnationales assez puissantes à divers égards pour narguer les Etats ? Déluge de sources et sources d'un déluge où la pensée se noie ! Mais nous avons aperçu qu'un *distinguo*, portant sur cette liste de propositions, pourrait en favoriser le classement, distinguant ce qui est du droit formé, que l'on peut mettre en œuvre, et ce qui du dehors influence son émergence, en fixe la trace ou entreprend son siège. Il est temps d'apercevoir ce qui, par là, serait toujours et de... plein droit, « *sources du droit* ». Marquer le territoire est un moyen de mieux gérer.

²²⁸ Gridel J-P. *Les sources du droit français, aujourd'hui*, in *Les Sources du droit : aspects contemporains*, Ed. Centre d'Etude des Droits du Monde Arabe, Beyrouth 2006, p.39. Une question se trouve immédiatement formulée par l'auteur dans la foulée de cette mise au clair : "Où le juriste français d'aujourd'hui doit-il chercher pour trouver le droit à appliquer ?" Divers éléments glanés dans la réponse aussitôt fournie ne sont pas dénués d'inquiétude et pourraient procéder de l'interrogation vers laquelle nous revenons périodiquement : "Le droit peut-il mourir ?". L'auteur relève une situation de rupture avec la "situation relativement simple" antérieurement connue. "Ce tableau hexagonal et naïf est mort. L'internationalisation (...) suscite (...) l'application fréquente en France du droit substantiel étranger (...) Plus significativement encore, certains traités ont pour objectif l'édification par le droit de vastes ensembles géo-juridiques ou même géo-politiques, tel l'Union européenne, qui institue des organes normatifs secrétant en permanence une infinité de dispositions textuelles ou solutions jurisprudentielles nouvelles et obligatoires pour les pays signataires.

Simultanément, l'on constate les mutations et relatives pertes de crédit affectant des textes de production nationale. Ils sont de moins en moins l'émanation d'un souverain mais le résultat de négociations menées dans l'espoir d'un consensus (...) Plus gravement, les textes nationaux s'embarrassent parfois de propositions non normatives, déclamatoires et bavardes, ou bien, même au plus haut niveau, rentrent dans des détails étriqués, empêchant toute interprétation ou adaptation par lesquelles la pratique ou le juge permettrait à la loi de respirer. Et que dire des textes faits à l'essai, sans étude préalable d'impact, que dire de l'influence exercée par des minorités activistes et médiatiquement bien soutenues, ou pire encore, des marchandages électoraux ou calculs politiques dans lesquels s'anéantit la préoccupation du bien commun. Il ne reste qu'à mentionner l'ignorance méprisante de techniques et finalités juridiques affectant nombre d'hommes politiques ou hauts fonctionnaires: bref, la transcendance de la loi nationale, la révérence dont elle était entourée sont des notions aujourd'hui très affaiblies."

²²⁹ Nous avons vu précédemment, cependant, qu'une règle de droit n'est pas forcément obligatoire et contraignante ; mais elle produit des effets juridiques nonobstant sa souplesse, et crée du droit.

²³⁰ Terré F., *Introduction générale au droit*, op. cit. p. 193-194

C'est en revenant vers le mot « source » lui-même - avant toute appropriation par le droit - que nous introduirons, souhaitons-nous, quelque clarté dans le débat (1). Cette clarification pourrait venir aussi de l'examen des faits - les exemples consolidant l'idée – l'examen d'une liste, ou d'une ébauche de liste où les théoriciens des sources ont pour usage de se reconnaître (2). Une très rapide clarification pourrait s'entreprendre aussi de ce qui est souvent regardé comme la *summa divisio* des sources du droit : les *sources formelles* d'abord et les *sources matérielles* ensuite (3). La même intention de clarification devra prêter quelque attention, pour finir, aux *sources du droit subjectif* (4).

1. *Le mot « source », un petit détour linguistique.*

On peut penser que la diversité des *sources* du droit - sans doute excessive et que peut-être réduirait l'effort de la synthèse – aurait bien son explication dans une approximation lexicale : une polysémie, subtile il est vrai, dont s'enrichit le nom « source » indépendamment de toute référence au droit. Le droit lui-même aurait peut-être oublié – *tempus edax rerum*²³¹ - le vieux respect qu'il a souvent professé pour les mots pris à la source, et leur sens propre, strict et clair, mis à l'abri des incertitudes et des fluctuations. Des sens aussi dont pourrait s'éloigner par la dérive un parler plus courant, peut-être plus *vivant* mais très contagieux : le parler de la rue.

Qu'est-ce qu'une source ? Il n'est pas de plus simple question, qui ne mettrait personne en situation d'embarras, fût-ce même un enfant. La source *est l'eau qui vient là* mais pas *la cause* de l'eau : cette eau n'est pas suscitée par la source. Elle est suscitée par le vent rabattant les nuages de mer, la condensation des vapeurs dans la fraîcheur des altitudes, elle est la pluie sur les versants du relief, infiltrée, filtrée par l'épaisseur des sols avant de resurgir plus bas parmi l'herbe ou le roc. La source ne crée pas l'eau. La source la reçoit. La source la contient. La source est point d'eau²³². Tel est le sens premier du mot source. Il est proche et connu, dira-t-on, mais en vérité si lointain. L'eau de la source, au sens propre, est de nos jours en déshérence de regards. Le mot dans ce sens propre est un mot des lointains qu'on n'utilise plus, sans que peut-être on s'en doute, autrement que par exception.

C'est le sens figuré qui a très largement prévalu qui, reprenant l'image en qualité de symbole, a pris racine au sein du langage en organisant la dérive du sens. Et chacun parle aujourd'hui, sans apercevoir probablement l'écart, d'une *source de satisfaction* (qui n'est pas

²³¹ Ovide, *Les Métamorphoses* (XV, 234). Expression citée par Larousse 2007 : « *Le temps détruit tout* ».

²³² Larousse précise que, dans un premier sens, le nom « source » provient de l'ancien français *sours*, participe passé de *sourdre* et qu'il désigne « *le lieu d'émergence à la surface du sol de l'eau emmagasinée dans une nappe aquifère souterraine* »

en soi de la satisfaction mais son origine), ou de la *source du conflit* qui n'est pas le conflit mais sa cause, ou tout aussi bien d'une *source d'inspiration* qui n'est pas l'inspiration mais son vecteur ou son moyen.

Quand nous parlons de la source en ne précisant rien, nous avons un seul sens qui est le sens propre en ceci que *cette source est un point d'eau* ; quand nous parlons de la source de la Seine, ou de l'Aulne ou du Blavet, aussi. Pourtant le sens figuré, qui marque *l'origine* est déjà prépondérant : ce n'est plus tant la source, au total, qui retient l'esprit mais ce qui vient à naître d'elle - et les ambiguïtés langagières du droit ne sont pas toutes dans le droit.

Quand nous parlons de *sources de querelle* ou de *sources de revendications*, de *sources de dissensions*, de *sources d'apaisement* nous avons un seul sens à nouveau. Mais c'est le sens figuré dans la mesure où les sources dont il s'agit ne sont en elles-mêmes ni *querelle* ou *revendications*, ni *dissensions* ni *apaisement*. Ce sont des *sources en image*. Elles ont en commun de nommer des antécédents.

Quand nous parlons de *sources du droit* nous avons les deux sens. Emmêlés. C'est peut-être là que se trouve « *la source* » (au sens figuré) des ambiguïtés rencontrées :

- Si nous déclarons que la loi reste aujourd'hui, dans les pays de droit latin, la *source* essentielle du droit, c'est le sens propre que nous utilisons : puisque *la loi c'est du droit*. Le droit, traditionnel gardien des fidélités sémantiques - indispensables au maniement pointu des mots, nécessaires à la production d'énoncés qu'aucun glissement de sens n'exposerait à l'équivoque - a légitimement conservé ce sens. Mais ce sens s'est laissé pervertir dans son originelle clarté par le débordement d'autres sens recueillis.

- Si nous déclarons en effet que Dieu, la nature ou l'Etat, la morale ou l'économie, la sociologie, le Parlement, les juges ou les contrats, l'histoire ou les documents sont *des sources du droit*, nous parlons de tout autre chose et tombons dans le piège des mots, dans l'équivoque du sens et dans l'obscurcissement du débat. Glissant dans le sens figuré, nous ne parlons plus de la *source* - et nous parlons du vent de mer ou de la fraîcheur des sommets qui favorisent la pluie : de réalités qui sont en amont du droit *mais ne sont pas du droit*.

Ces réalités, faut-il le préciser sont toutes du plus grand intérêt pour la réflexion juridique mais nous avons dans la pensée que cette réflexion gagnerait en clarté si l'on pouvait dissocier les deux volets ci-dessus : celui qui prend le mot *source* en valeur propre et ceux qui, dans une approche autre - et différente de sens - le prend en valeur figurée.

Le constat qu'il nous faut retenir est le suivant : sur le plan du vocabulaire, et sans qu'on en prenne apparemment toute conscience, il y a deux sens du mot « *source* » en

concurrence au sein du droit qui font se chevaucher deux registres de notions différentes, obscurcissant la réflexion²³³. Faut-il nommer différemment ? Cette question génère une autre question : « *Comment nommer différemment ?* »

- Remplacer l'expression « *sources du droit* » par l'expression « *source de droit* » ? Serait-ce une œuvre utile à la restauration de toute clarté ? Cela supposerait de larges accords en dehors desquels l'intercompréhension ne serait pas certaine. Or l'expression « *source de droit* », dans le cas qui nous occupe, est mise en avant par le professeur Thibierge, en concurrence avec « *sources du droit* », dans le but de couvrir la partie du champ conceptuel que la classique expression « *sources du droit* » ne couvrirait pas²³⁴. D'autres auteurs, à l'inverse, utilisent l'une et l'autre expression de façon très indifférente : c'est ainsi que le titre « *Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit* » peut entraîner d'immédiate façon le sous-titre suivant : « *La jurisprudence, source du droit*²³⁵ ». L'attribution d'un sens à *source de* d'un autre à *source du* pourrait d'ailleurs empêcher qu'on utilise *source* tout seul.

- Renoncer à l'emploi du mot « source » au sens, numériquement minoritaire au sein des listes qui précèdent, où le mot désigne un « réservoir » du droit ? Philippe Jestaz estime qu'en « *bonne logique [...] les sources du droit résident dans les éléments extérieurs à celui-ci* ». Au moins distingue-t-il entre ces *éléments extérieurs* appartenant à « *un contexte politique au sens large – historique, social, économique, moral, religieux, philosophique ou idéologique* » appelées jadis « *sources réelles* » et les « *sources tout court* », lesquelles, en vérité, sont « *des modes d'expression ou, si l'on préfère, des manifestations du droit* ». L'auteur estime que le mot *source* est, dans ce cas de figure, introduit de façon « *dogmatique* ». Mais comment révoquer le mot *source* et le remplacer si, loin d'être dogmatique, il exprime - au sens propre pour les « *sources tout court* » - exactement cela : des *disponibilités* de droit, « *des modes d'expression* », « *des manifestations du droit* » ? Pourtant subsiste une raison : c'est que le mot, dans son sens premier, n'est plus spontanément

²³³ Kelsen lui-même déplorait le caractère ambigu de l'expression « *source du droit* », jugeant qu'il s'agit là d'un « *outil quasi inutilisable* » (Kelsen H., *La théorie juridique de la convention*, Sirey, coll., in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1940, p. 33), cité par Thibierge C., *Source du droit, sources de droit : une cartographie*, op. cit., p. 531, note 69.

²³⁴ L'article déjà cité, qui propose une réflexion fort approfondie, convaincante souvent, s'intitule au demeurant « *Source du droit, sources de droit* ». S'opposant à « *source du droit* », qui, sur un mode officiel, « *sous-entend source du Droit* », l'expression « *source de droit* », s'appliquerait « *au sens large du terme droit, c'est-à-dire non réduit aux seules règles générales, abstraites, impersonnelles, obligatoires et sanctionnées par l'autorité publique*. L'auteur estime par ailleurs que « *la combinaison de l'expression sources de droit, ainsi largement entendue, avec celle plus étroite de sources du droit, permet de proposer des classifications des sources plus accueillantes et reflétant les évolutions actuelles* », Ibid., p. 532-534

²³⁵ Maury J., *Mélanges G. Ripert*, LGDJ, 1950, Tome 1, p. 29, cité par le Pr. Thibierge, op. cit. p. 532, note 72.

compris, que le glissement se fait, d'insensible façon le plus souvent, du sens originel vers le sens figuré.

- Remplacer, c'est le choix de François Terré qui, par un regroupement de mots qui rejoint pleinement notre sentiment, parle lui de « *composantes du droit*²³⁶ ».

- Remplacer, n'est pas le choix de Philippe Jestaz en dépit du caractère « *impropre* » qu'il pense découvrir dans l'expression « *sources du droit* » : l'essentiel, estime-t-il est ailleurs et, toutes réserves faites, « [...] *on se gardera de revenir sur une appellation consacrée par un usage immémorial. Plutôt que de chercher un terme meilleur, mieux vaut se préoccuper de l'objet ainsi désigné, dont l'intérêt scientifique n'échappe à personne. La notion de source procède en effet d'une vision qui se veut synthétique : si les droits positifs varient à l'infini ou presque dans leur contenu, les sources du droit sont en nombre limité²³⁷ et leur étude tend donc à dégager quelques constantes du phénomène juridique.*²³⁸ »

- L'expression « *mode de formation* », relevée par Catherine Thibierge, et qui suggère un processus d'élaboration, de maturation poursuivie, ne paraît pas pouvoir convenir à ces « *sources tout court* », ni davantage à telle ou telle forme achevée de droit, telle ou telle « *composante du droit* » qu'on pourrait déjà mettre en œuvre en occasion de besoin. Cette expression devrait donc se réserver pour les « *sources réelles* » du droit, qui sont nombreuses - et protéiformes à bien y regarder - qui sont ancrage, origine, cause ou moyen, recherche ou artisans, documents, facteurs ou forceps du droit mais qui ne sont *sources*, en vérité, qu'au sens figuré de ce mot. Nous aurons à revenir, plus loin, vers ces *sources* au sens figuré du mot, de beaucoup le plus répandu dans le langage, un sens second cependant, sens dérivé, sens *autre* et que l'on pourrait dire *altéré*.

Nous souhaitons nous en tenir pour l'heure aux cadres traditionnels et donc aux « *sources tout court* » du professeur Jestaz, ces sources au sens propre du mot²³⁹, les seules que, dans ces présents développements, nous nommerons tout courtement « *sources* » ou « *sources du droit* ». Ces sources du droit sont *du droit* : peut-être est-ce là l'essentiel. Le simple examen des faits conforte sur ce point la réflexion qui précède.

²³⁶ Terré F., Introduction générale au droit, op. cit., p. 193-195

²³⁷ Dans le sens clarifié des « *sources tout court* » où le mot « *source* » désigne des disponibilités, « *des modes d'expression* », « *des manifestations du droit* »

²³⁸ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, op. cit. p. 2.

²³⁹ Et qui se distinguent, nous l'avons vu, des pressions extérieures qui s'exercent sur la formation du droit.

2. Sens originel du mot « source » en droit : confirmation par l'observation des faits.

L'utilisation du mot « source » à l'effet de désigner les « manifestations » du droit, les formes constituées du droit, ne date pas d'hier. C'est un premier fait. « Depuis des siècles, l'appellation de « sources du droit » sert à désigner la loi, la jurisprudence, la coutume, etc.²⁴⁰ », écrit en tête d'un ouvrage connu le professeur Jestaz. Qu'il juge impropre cette appellation ne change rien au fait qu'il constate : la *source de droit* désigne de toujours une forme de droit, la référence connue du droit, la réserve admise où l'on puise le droit. « Du moins, reconnaît-il, toutes les sources du droit ont-elles un véritable point commun, celui d'être, au fond, celles où s'abreuvent les juristes !²⁴¹ »

La valeur originelle de l'expression fondatrice est assez facile à montrer. L'expression « *fons juris* » de Cicéron, plus vieille que notre ère, est traductible aisément par « source du / de droit » mais aussi par « fontaine de droit »²⁴² de façon peut-être plus immédiate. Une fontaine, au sens premier de la fontaine des champs, c'est à la fois la source et le creusement naturel que l'eau suscite au point de jaillissement : cuvette et réserve d'eau vive. Or tel est le sens qui détermine ici la métaphore de Cicéron : « source du droit » c'est réserve et non pas puissance créatrice ou déterminatrice du droit : sa « *fons juris* », sa « source du droit » c'est le *logos*, c'est la raison²⁴³ – la raison comme un réceptacle où se rassemble l'eau du droit, la raison qui porte en elle l'eau du droit mais pas la raison qui la fabriquerait. Dans l'expression « *fons juris* », il faut prendre le mot *source* au sens propre et pas – surtout pas – le prendre au sens figuré : ce sens figuré, relativement à la pensée de l'auteur, formerait un contresens. Cicéron, faut-il le redire, est un adepte du « droit naturel » ou plus exactement de « la loi naturelle ». Cicéron juge que le droit naturel est immuable : universel et pérenne. Il manifeste « [...] une loi vraie, droite raison, conforme à la nature, diffuse en tous, constante, éternelle, [...] elle n'est pas autre à Rome ou à Athènes ; elle n'est pas autre aujourd'hui que demain ; mais loi une, et éternelle, et immuable, elle sera pour toutes nations et de tous les temps »²⁴⁴. Si l'on se place au point de vue de Cicéron, la raison, qui est variable en chaque homme, en puissance et en étendue, ne saurait être la créatrice en rien de ce droit fixe et donné. La raison,

²⁴⁰ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, op. cit. p. 1

²⁴¹ Ibid., p. 2

²⁴² Du latin *fons*, *fontis* qui désignait la source. Le mot « fontaine » ayant son origine, quant à lui, dans une forme dérivée propre au latin populaire : *fontana*. Voir Petit Larousse illustré 2007 p. 475

²⁴³ Voir à ce sujet le professeur Paul Amselek, *Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit »*, Archives de philosophie du droit, t. 27, « Sources » du droit, op. cit., p. 253.

²⁴⁴ Cicéron, *La République*, III, 22, cité par Imbert J., *Histoire des Institutions et des faits sociaux*, Tome 1 - *Des origines au Xe siècle*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris 1957, p. 223

c'est la place où le droit se recueille, et le *droit formé* pétri par l'homme à l'eau de sa raison se recueille aussi dans des *fontaines de droit* : la coutume ou la loi.

C'est ce qu'illustre aussi la proximité des définitions proposées par le *Lexique des termes juridiques* pour le « *droit positif* » et pour les « *sources du droit* ». L'ouvrage définit le droit positif comme étant « [...] constitué par l'ensemble des règles juridiques en vigueur dans un Etat ou dans une communauté internationale, à un moment donné, quelles que soient leurs sources. »²⁴⁵. Et les sources du droit sont vues comme « [...] l'ensemble des règles juridiques applicables dans un Etat à un moment donné »²⁴⁶. C'est la consécration par un ouvrage de référence ayant autorité pour trancher des débats. Loin d'un sens dérivé qui ne conviendrait qu'aux origines, aux causes, aux points de départ, à ce qui précède ou suscite, il est net que nous sommes ici dans le sens premier : *fons juris*, la source, est réserve de droit.

C'est l'usage ancien des juristes aussi qui nous fournira l'appui d'un dernier fait : la liste des sources admises *en général* en qualité de sources. Il n'y a pas unanimité²⁴⁷ mais l'on s'entend le plus souvent pour distinguer quatre sources du droit :

- **La loi**, *lato sensu*. C'est la source essentielle du droit, le principal avatar ou l'icône du droit. Toute préséance lui est spontanément reconnue. Dans un système de droit latin, d'aucuns diraient – mais la chose est fort exagérée – que la loi c'est *la* source du droit parce que la loi c'est *le* droit. Tout le droit. Nous aurons à voir que cette loi, prise au sens large et dans le cadre du droit français, réunit à côté de principes généraux du droit, dans un classement hiérarchique inspiré de Kelsen, la Constitution, des dispositions internationales et communautaires, la loi *stricto sensu*, le règlement, les contrats...

- **La coutume**, ancienne - un peu par définition - dit ce qui est « *normal* » aux yeux de tous. Or il existe un lien solide, admis presque toujours et partout sans que même il soit besoin qu'on discute, entre *l'habituel* et le *normal*, entre le « *normal* » et la « *norme* ». En droit, l'habituel, l'usuel, le normal, est une *norme implicite*. La coutume, en droit, c'est du droit. Par là, c'est une *source* autorisée du droit. La coutume, aujourd'hui, sauf à retrouver du sang neuf, n'a plus en droit français son importance passée. Ailleurs elle demeure une *source* essentielle du droit : disons, pour souligner la synonymie, la *forme* essentielle du droit.

²⁴⁵ Guillien R. et Vincent J., *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 246-247

²⁴⁶ Ibid., p. 583

²⁴⁷ A ce sujet voir Philippe Jestaz, *Les Sources du droit*, op. cit. p. 2. « Dès le départ, l'inventaire de la matière recèle de multiples difficultés. Les juristes ne s'accordent ni sur le nombre exact des sources existantes, ni le plus souvent sur leur définition ou leur domaine, car si la pédagogie commande de les isoler, elles se mélangent dans la réalité concrète et posent des problèmes d'identité ou de frontière. Au surplus, même les sources les plus classiquement répertoriées n'ont pas toujours une structure ni une forme identiques : ainsi la notion de jurisprudence couvre des réalités différentes en Europe continentale et dans les systèmes de common law. »

- **La jurisprudence** – on dit parfois *le jugement* – qui est le droit qu'on trouve *au pied du mur*, le droit prenant conseil de ses vieilles embûches, traçant des cartes au moyen de routes aventurées, tirant de ses anciens obstacles une augmentation de sa force : une sagesse, au fond, peut-être bien, du droit. Serait-ce une *forme* du *droit* ? Donc une *source* du *droit* ? La discussion se prolongeait dans les pays de droit romanisé d'Europe et... la jurisprudence de l'Union, contraignante en tout, va la trancher. La jurisprudence est par nature une source du droit, la forme principale du droit dans les pays de common law²⁴⁸.

- **La doctrine.** On pourrait estimer qu'ici, par un subtil retournement, le droit ne juge plus mais qu'il est jugé. «*La doctrine* » est, en droit, l'expression qui sert à désigner la réflexion sur le droit. L'autre sagesse du droit ? La doctrine est le droit qui prend du recul afin de se remettre en cause et, le cas échéant – par le biais de la clairvoyance des doctes et des ouvrages ainsi conçus – d'aller de l'avant. La doctrine est interne au droit : cela n'échappe à personne. Elle est *source*, elle est *forme* du droit pour autant qu'un rôle actif puisse lui être reconnu. Fût-ce d'indirecte façon. La discussion n'est pas close. Or l'influence du droit savant n'en est pas moins vigoureuse²⁴⁹ : il est un précieux allié du législateur et du juge. Certains diront cependant que la doctrine est une source indirecte du droit positif.

Quatre sources, donc. Quatre sources *classiques* du droit reconnues de façon courante : « *on s'accorde en général pour admettre quatre sources principales : d'abord la loi et la coutume [...] ensuite la jurisprudence et la doctrine...* » écrit Philippe Jestaz²⁵⁰.

Pour autant, nous sommes loin de l'unanimité.

C'est ainsi, pour rester dans le cadre de la France, que la Constitution de 1958 - qui, dans la logique de Kelsen aussi bien que dans les faits, coiffe de son mieux le droit français - ne se réfère, en tout et pour tout, qu'à la seule loi. Cette loi, dans le sens large du terme, est perçue comme duale, il est vrai, puisqu'elle inclut le règlement dont il convient pourtant qu'on la distingue : à rebours de la *loi*, qui est par définition la prérogative du pouvoir *législatif*, le *règlement* provient de *l'exécutif*. Est-il besoin d'indiquer qu'ici aussi se marient, ou plus exactement cohabitent en relative harmonie, deux sens différents du mot ? La loi *stricto sensu* qui est la norme votée par le Parlement mais aussi la Loi *lato sensu*, notion plus englobante et qui range la loi votée, comme aussi bien le règlement, dans un ensemble plus

²⁴⁸ Qui l'appellent «*case law* » : droit dicté par l'étude des cas, la *jurisprudence* étant alors *philosophie du droit*.

²⁴⁹ Voir Gautier P.-Y., L'influence de la doctrine sur la jurisprudence, D. 2003 p. 2839

²⁵⁰ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, op. cit. p. 3.

large et de beaucoup²⁵¹. Nous aurons à y revenir. Notons que la Loi se regarde ici comme l'unique source, un unique puits, très rempli, du droit.

Divers auteurs n'accueillent pas la jurisprudence ou la doctrine au sein des sources du droit. Les quatre sources ci-dessus sont alors réduites à deux. Quant à la doctrine et la jurisprudence, elles seraient aperçues comme un simple enrichissement de la réflexion sans que leur rôle actif soit véritablement souligné. Jean-Luc Aubert les aborde au chapitre de « *l'interprétation de la règle de droit* »²⁵².

Mais l'opposé, sans sortir des limites où nous souhaitons contenir la notion de *source*, il apparaît déjà que deux autres sources pourront être ajoutées. Deux autres sources afin que s'achève un tour d'horizon mais sans qu'aucun droit de forclusion soit sans doute assuré. Nous suivons sur ce point l'analyse de Philippe Jestaz²⁵³ :

- **Le droit sacré** - religieux donc, au moins le plus souvent - qui se manifeste avec vigueur à certains endroits du monde et notamment les pays musulmans. Le christianisme a moindrement investit le droit positif. Il reste qu'il l'a marqué : peut-être plus qu'on ne l'admet souvent. Le sacré, par ailleurs, est quelquefois laïc.

- **L'acte juridique des particuliers**, dont le rôle de source est indéniable. Il est admis que le contrat « *fait loi entre les contractants.* » C'est un domaine en expansion.

Les divergences entre les analyses se perçoivent donc, au départ, en simples données d'arithmétique. Quatre sources, une source unique, deux sources autorisées, six sources du droit ? Peut-être serait-il abusif de railler ce manque de consensus ou d'y voir une traduction de l'esprit de chicane²⁵⁴ ancré depuis toujours - au sentiment des railleurs - dans la démarche des gens de lois. Ceux qui accueillent et ceux qui poussent sur le côté se trouvent réunis dans leur choix divergents par une implicite considération : peut se ranger parmi les sources reconnues du droit ce qu'on convient de considérer comme une réserve, un jaillissement, une fontaine, un puits de droit positif, comme une forme du droit vivant. Plus que de divergences fondamentales il s'agit ici de différences d'approche et, pour un peu, de querelles de mots. Pour l'essentiel on est d'accord sur ce que l'on observe ; on fait apparaître sa différence aux seuls plans de l'accueil et du classement.

²⁵¹ En droit interne par exemple, la Loi englobe toutes les règles de droit d'origine étatique (lois, ordonnances, décrets, arrêtés).

²⁵² Aubert J.L., *Introduction au droit*, op. cit., p. 57 et suivantes

²⁵³ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, op. cit., p. 6

²⁵⁴ Nous pensons à l'île des Chicquanos dans le *Quart Livre* de Rabelais. Là vivent des gens de lois qui, toujours en désaccord sur tout, gagnent leur vie... dans l'art de se faire battre (en raison des indemnités qu'ils obtiennent en compensation !). Rabelais, connu comme écrivain, fut aussi moine et prêtre ainsi que médecin, chirurgien de renom mais également... juriste.

« Mais après cela, la liste pourrait bien être close, écrit Philippe Jestaz. [...] aucune des autres sources évoquées [...] par les auteurs n'a de véritable autonomie et nous avons aujourd'hui acquis la conviction que toutes étaient en mesure de trouver leur place dans l'une ou l'autre des six catégories...²⁵⁵ ». Ce jugement date de quelques années seulement mais se heurte *peut-être* à l'évolution sur le terrain. Le droit, qui est *peut-être* à la croisée des chemins, conduit au questionnement. Le droit : ce navire au beau milieu des tempêtes ? Et ce droit-là peut-il sombrer ? Et le droit maritime en particulier, est-il autant menacé ?

D'immenses poussées s'exercent, ci et là, sur les soutènements, menaçant l'ancien. S'agit-il, à l'aube d'un printemps, de craquements qu'on entend dans l'épaisseur de la glace ou d'écorces distendues dans la poussée des bourgeons ? S'agit-il de lézardes filant dans des murs fragilisés ? Tout bouge et se bouscule. Ainsi le droit romanisé craint l'américanisation du droit mais à rebours la *common law* s'éprouve, envahie de droit légiféré. Droit public et droit privé – la *summum divisio* du droit - sont sur leurs gardes l'un et l'autre : « [...] à preuve, la dénonciation alternative de la publicisation du droit privé et de la privatisation du droit public²⁵⁶ » que signale Jean-Luc Aubert.

Or ce questionnement vaut pour les sources du droit. Les distinctions ci-dessus sont chahutées. Nous avons aperçu déjà l'existence d'un droit souple – le *soft law* – non contraignant, susceptible d'être expérimental, et qui constituerait de toute force une autre source du droit²⁵⁷ ; « [...] le *soft law* est pour l'instant une goutte d'eau dans le vase très rempli de la législation » soutient Philippe Jestaz²⁵⁸. Mais il se pourrait, là aussi, que ce jugement devienne caduc assez vite et l'auteur, une vingtaine de lignes avant d'aboutir à cette affirmation, reconnaît que « [...] la conception postmoderne du droit met volontiers l'accent sur le *soft law*, sur le droit recommandé et semi-obligatoire qui tend aujourd'hui à conquérir du terrain. » Les mots sont neufs qui font apparaître que nous entrons dans un temps différent, lequel impose au droit l'obligation de se *concevoir* à nouveau. Par le *droit souple*, le droit, de quelque façon, prend ses distances avec le droit. S'il s'agit d'un épiphénomène ou d'un aménagement limité, s'il s'agit pour l'essentiel d'expérimenter des solutions nouvelles, on jugera qu'il suffit d'en prendre acte. A l'inverse, un phénomène plus étendu, plus invasif, appellerait la réflexion.

²⁵⁵ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, Ibid.

²⁵⁶ J-L. Aubert *Introduction au droit*, op.cit., p. 18

²⁵⁷ Source aux deux sens que nous avons séparés : source au sens juridique plein qui est le sens propre - en ceci que le droit mou produit déjà des effets de droit - mais « source » aussi dans le sens figuré, que nous tenons à mettre à part, en ceci que du droit *classique* est susceptible de *naître* de lui.

²⁵⁸ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, op.cit., p. 28.

Le total de six sources envisageables du droit, si le droit souple expérimental leur est ajouté pourrait donc être sept ; mais laissons cela pour le moment tant il est vrai que cette arithmétique est peut-être de courte vue. D'autres sources se glisseraient dans l'addition. Certains auteurs parlent de véritable explosion, de « *foisonnement, pullulement, big bang des sources*²⁵⁹ ». Il est très clair que ceci s'entend dans une approche où ne sont pas distingués les deux sens emmêlés du mot : sens propre et sens figuré, sens d'origine et sens dérivé. Restons-en, pour l'heure au total des six sources que l'on peut distinguer dans la représentation classique du droit, d'un droit fidèlement posé sur ses traditionnelles fondations, le mot *source* étant serré, maintenant, de plus près.

Quel que soit le nombre de sources ainsi définies qu'accueille la doctrine – ou que de multiples des auteurs se plaisent à distinguer – ces sources sont régulièrement l'objet de projets de classements, ceci dans un souci vraisemblablement pédagogique.

Ainsi sont distinguées les sources nationales, internationales et communautaires, puis les sources écrites et les sources non écrites, ou encore les sources directes et les sources indirectes, aussi qualifiées de sources interprétatives, etc. Ces distinctions sont très utiles à l'exposé sans aucun doute et doivent être conservées pour cette raison même. Il nous est apparu que cela n'appelait pas ici d'indispensables commentaires.

A rebours, il nous a semblé devoir nous attarder sur les deux « grandes » catégories qui demeurent communément discutées par la doctrine, et qui forment dans leur opposition ce qui est souvent proposée comme une *summa divisio* des sources. Or cette division - qui range d'un côté les *sources formelles* et, d'un autre côté, les *sources matérielles* du droit - n'est pas non plus d'une totale clarté.

3. *Sources formelles et sources matérielles : un partage, sans limpidité, des sources.*

Dans l'analyse où l'on se plaît à distinguer quatre sources du droit – peut-être est-ce d'ailleurs là le plus *classique* des cas de figure – il est tout aussi traditionnel de classer ces quatre sources en deux groupes : « [...] on s'accorde en général pour admettre quatre sources principales ; d'abord la loi et la coutume, qui depuis Gény sont habituellement qualifiées de sources formelles ; ensuite la jurisprudence et la doctrine, qui sont désignées comme de simples autorités ou sources matérielles²⁶⁰ » .

²⁵⁹ Thibierge C., *Source du droit, sources de droit : une cartographie*, op. cit., p. 519

²⁶⁰ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, op. cit., p. 3.

Le professeur Jestaz, qui met de l'avant cette classification – disons qu'il en signale au moins le courant usage - est loin de la trouver sans défauts. C'est à nouveau le choix de la terminologie : *sources* formelles (a), *sources* matérielles (b) qui sollicite un examen critique.

a. Les sources formelles.

L'expression donne à penser que la *forme*, ici, serait garante de la validité. « *A priori cette notion n'a de sens que si elle désigne une source valable par sa forme même* », écrit le professeur Jestaz²⁶¹. A ce titre il apparaîtrait que seule la loi, portant le sceau des pouvoirs qui la votent ou qui la promulguent, aurait l'assurance de remplir toutes ces conditions de *forme* – et de fait la loi s'impose, indépendamment de tout examen de fond, par le simple fait qu'elle *est*. Mais comment comprendre alors que la coutume, elle aussi, se trouve rangée depuis Gény sur cette même étagère ? Elle est venue par l'obscur chemin des temps. Non écrite et née de parents inconnus, la coutume, au nombre de toutes les sources du droit, serait la source qui se soustrait de la façon la plus totale au formalisme de la forme ! Tel est, au demeurant, le constat du professeur Jestaz : « [...] *la norme coutumière, spontanée et purement gestuelle, ne porte aucune griffe et n'a donc pas de forme à proprement parler*²⁶² ». L'auteur relève cependant que la notion de loi paraît s'entourer d'une autorité spontanée qu'il qualifie de *flatteuse tautologie* : « *la loi est la loi* », n'est-ce pas là ce qu'on proclame ? On pourrait dire aussi que « *la coutume est la coutume.* » On l'a peut-être dit du temps des cathédrales. Au total, « *Les sources formelles seraient alors des sources tautologiques, qui valent par elles-mêmes et sans égard à leurs qualités propres : loi et coutumes*²⁶³. »

Est-ce bien la notion de *forme*, au demeurant, qu'il convient de déceler dans le qualificatif « *formel* » hérité du professeur Gény ? Ce qualificatif convient à ce « *Qui est formulé avec précision, [ce] qui n'est pas équivoque* »²⁶⁴, ou ce « *Qui s'attache à la forme, à l'aspect extérieur.* »²⁶⁵ Il désigne aussi bien ce « *Qui est clairement déterminé, qui ne peut être discuté* »²⁶⁶. Donc, un nouveau cas de polysémie. Contentons-nous, sans vouloir rien trancher, d'observer que le dernier des deux ou trois sens attestés ci-dessus - ce « *qui ne peut être discuté* » - pourrait bien justifier la démarche du professeur Gény réunissant la coutume et la loi sur l'étagère unique du péremptoire. Ainsi seraient justifiées les *tautologies* dont sourit le professeur Jestaz et sans aucun autre recours à quelque idée de *forme*.

²⁶¹ Ibid, p. 4

²⁶² Ibid, p. 4

²⁶³ Ibid, p. 4

²⁶⁴ Dictionnaire *Le petit Larousse illustré*, op. cit., p. 477

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Dictionnaire Hachette 2005, Ed. Hachette, Paris 2005, p.632

Il reste vrai que cette idée de *forme* imprègne aussi le jugement des auteurs. Ainsi, le professeur Bonnacase définit les sources formelles du droit comme les « *formes obligées et prédéterminées que doivent inéluctablement emprunter des préceptes de conduite extérieure pour s'imposer socialement sous le couvert de la puissance coercitive du droit* »²⁶⁷. Par ailleurs et pendant longtemps, la théorie des « sources du droit » fut exprimée par l'école formaliste – positiviste étatique – apercevant « [...] *la règle de droit comme l'émanation du pouvoir de commandement du souverain* »²⁶⁸. Les sources formelles tiraient alors leur valeur et leur validité du pouvoir qui les avait édictées - dans les règles et dans *les formes*. Il apparaîtra sans mal que, poussée à l'extrême, une semblable acception ne reconnaîtrait qu'à la loi²⁶⁹ la qualité de source du droit. La seule autorité gouvernante, éventuellement sollicitée par quelque tentation d'absolu, détiendrait et contiendrait toute expression du droit ! « *C'est légal parce que je le veux* »²⁷⁰. proclama dans un élan d'autorité le bien timide Louis XVI à l'époque où le droit divin lui conférait un pouvoir théoriquement non limité²⁷¹. Mais, outre que la notion de *forme* en tout ceci - n'est peut-être pas dépourvue d'un brin d'ambiguïté, la loi n'est plus vue de nos jours comme unique source du droit positif.

L'idée de *forme* est quelquefois retenue pour dénoncer, dans les *sources formelles*, une raideur formaliste. Ainsi, selon le professeur Roubier « [...] *ces sources qui ont un caractère préétabli, sont forcément statiques, mais les sociétés humaines, elles, ne sont pas statiques, [...] il faut tenir compte du vieillissement de l'ordre juridique, lorsque les sources formelles ne sont plus en harmonie avec les conceptions politiques et morales qui se sont développées au sein de la société* »²⁷². Nous en prenons acte et le lien dût-il être fragile entre ce reproche et les réalités très séparées de la coutume et de la loi.

L'idée de *forme* - utile en sa relative imprécision, pleinement installée dans la pensée de juristes très éminents – peut aussi bien servir d'aimant réunificateur à des éléments qu'on pourrait pourtant juger disparates et que nous avons souhaité distinguer des *sources* : en vérité

²⁶⁷ Bonnacase, *Introduction à l'étude du droit*, Ed. Sirey, Paris, 1931, n°58, cité par le professeur Cabrillac, in *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 89.

²⁶⁸ Deroussin D., Préface in Roubier P., *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Ed. Dalloz, Paris, 2nd édition, 2005.

²⁶⁹ Entendue dans son sens le plus large, c'est-à-dire – pour reprendre la définition donnée par le professeur Terré – « [...] *toute règle juridique formulée par écrit, promulguée à un moment donné par un ou plusieurs individus investis de l'autorité sociale* », in *Introduction générale au droit*, op. cit., p. 172.

²⁷⁰ Guy-Marie Sallier, *Annales françaises depuis le commencement du règne de Louis XVI jusqu'aux États généraux. 1774-1789*, Paris, 1813, p. 129, cité par Storez-Brancourt Isabelle, « « *C'est légal parce que je le veux* » : loi et constitution dans le face à face du roi et du Parlement à la fin de l'Ancien Régime », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2011/1 n° 15, p.61

²⁷¹ Sur ce point voir Storez-Brancourt Isabelle, « « *C'est légal parce que je le veux* » : loi et constitution dans le face à face du roi et du Parlement à la fin de l'Ancien Régime », op. cit., p. 59-74

²⁷² Roubier P., *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales ?* op. cit., p.11

des provenances, des moyens, des forces pesant sur le droit positif, des *sources au sens figuré* qui sont à mettre en rapport avec ces antécédents du droit que l'on nomma *sources réelles* et qu'avec le professeur Ripert on pourrait appeler « *forces créatrices du droit* ». C'est ainsi que le professeur Amselek, voit dans les *sources formelles* du droit celles qui désignent « [...] ou bien les différents modes d'édition, les différents procédés de formulation des normes juridiques (exemples : les actes juridiques unilatéraux ou contractuels, la jurisprudence), ou bien les documents mêmes, les actes (ici on vise l'*instrumentum* et non le *negotium*) sur lesquels se trouvent consignées les édictions juridiques.²⁷³ ».

On pourra relever, pour achever ceci, que le strict apparemment du qualificatif *formel* avec le nom *forme* invaliderait le classement proposé par Gény : non seulement parce que la coutume n'a pas de *forme* à proprement parler mais aussi parce que la jurisprudence en a ! N'en douteront que ceux qui n'ont jamais affronté... les rigueurs de l'exercice intitulé « *commentaire d'arrêt* ». Pour le professeur Sériaux, le « [...] *rang de la jurisprudence parmi les sources formelles du droit n'est plus guère contesté de nos jours* » et il estime que faire de la jurisprudence « [...] *une source formelle revient simplement à dire que le droit émanant de nos juges est institutionnellement ou constitutionnellement reconnu comme étant le droit*²⁷⁴ ».

Mais donc, la revendication d'un statut de *source formelle* au bénéfice de la jurisprudence est une démarche assez largement étrangère aux mots *formel* et *forme* et le souhait qui s'exprime ici porterait en vérité sur un statut de *source reconnue*. Sur un statut de source indiscutable et « *clairement déterminée* », susceptible par conséquent de se laisser rejoindre par le qualificatif « *formel* » mais dans le dernier sens que nous distinguons : celui d'*indiscutable*. Il s'agirait de reconnaître *formellement* la jurisprudence en tant que source, ayant clos le débat. Car à moins de réserver cette hypothèse, on pourrait supposer que l'adjectif *formel* dans l'expression « *source formelle* » est un peu là... pour la forme !

b. Les sources matérielles.

A en juger par le professeur Jestaz, l'adjectif « [...] *matériel n'a été introduit [par la doctrine] que pour le balancement rhétorique* »²⁷⁵, et donc pour faire, en manière audible, un équilibre à l'expression « *source formelle* » ! Inutile donc de se demander sur quoi repose une

²⁷³ Amselek P, *Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit »*, in Archives de philosophie du droit, Tome 27 – sources du droit, op. cit., p.253.

²⁷⁴ Sériaux A., *Le juge au miroir – L'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain*, Mélanges C. Mouly, Ed. Litec, Paris 1998, p. 171. Le professeur Batiffol classe – lui aussi – la jurisprudence dans les sources formelles du droit, voir sur ce point, la préface des Archives de philosophie du droit, Tome 27 – sources du droit, op. cit., p.2.

²⁷⁵ Jestaz, in *Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources de droit)*, op. cit., p73

« *matérialité* » que la jurisprudence et la doctrine auraient mais que n’auraient pas la coutume ou la loi ? “*Qui existe effectivement*” : c’est l’une des définitions de Larousse pour *matériel*. Dans le schéma de Géný, deux sources seraient *de droit*, de pleine autorité. Les deux autres, s’imposeraient *matériellement*, de par le poids des *faits*, faisant impossibilité *matérielle* de les écarter. Ce n’est qu’une hypothèse. Il reste que François Géný - qui ne s’est pas expliqué là-dessus - fut un esprit savant, soucieux des mots.

Il reste que le quatuor loi / coutume et jurisprudence / doctrine est « *d’ordinaire* » abondé d’« *une liste variable d’autres sources, toujours rangées dans le second tiroir*²⁷⁶ ». Rangées, par les auteurs, au nombre des sources *matérielles*. Serait-ce là le salut de la catégorie qui serait fort démunie si la jurisprudence était *remontée* parmi les sources *formelles* ? L’ennui c’est que ces additions qui font, à tour de rôle, apparaître « *la tradition, les principes, la pratique, voire des sources beaucoup plus spéciales comme la convention collective*²⁷⁷ », ne constituent pas une liste stable. Il apparaît en outre que ces *sources* – incontestables en tant que bassins de droit - seraient très vite absorbées par un meilleur effort de synthèse au sein d’autres sources déjà distinguées. C’est aussi le Pr. Jestaz qui l’affirme : « [...] *aucune des autres sources évoquées çà et là par les auteurs n’a de véritable autonomie et nous avons aujourd’hui acquis la conviction que toutes étaient en mesure de trouver leur place dans l’une ou l’autre des six catégories, éventuellement redéfinies au passage.*²⁷⁸ »

Envisagera-t-on de renflouer la catégorie dont il s’agit par l’accueil de sources à la légitimité plus récente et nonobstant reconnue, particulièrement celles que distingue aussi le professeur Jestaz : le droit *sacré* ou *révélé*, l’acte juridique des particuliers ? Mais en quoi le droit révélé – fût-il la volonté de Dieu, gravée dans le marbre des Commandements, portée par l’autorité du Livre – est-il plus *matériel* et surtout moins *formel* que ne sont les humaines lois, que l’on imprime et que l’on grava, riches de *formes* et de *formelle* autorité ?

L’acte juridique des particuliers serait-il lui-même indiscutablement moins *formel* – au sens du respect des *formes* - que la coutume ou la jurisprudence évoquée ci-dessus ?

Ces sources, au demeurant, ne réclament en aucune façon leur place au sein de la classification qui remonte à Géný ; ces deux sources – et nous souhaitons les retenir – sont extraites d’une autre répartition que propose le professeur Jestaz. Et cette répartition, qui compte les six entrées que nous avons aperçues – le droit, la coutume, la jurisprudence, la

²⁷⁶ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, op. cit., p. 3 .

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Ibid., p. 6. On pourrait retenir le cas de la pratique dont l’auteur envisage à la page suivante (p. 7) le démembrement puis la redistribution : « *Quant à la pratique, elle sera selon les cas rattachée soit à une législation de caractère privé, soit à l’acte juridique des particuliers ou à la coutume.* »

doctrine et donc le droit révélé puis l'acte juridique des particuliers - renonce à distinguer ce qui serait *formel* et ce qui serait par ailleurs *matériel*.

On pourrait se troubler d'un autre point qui est d'usage attesté : les sources *matérielles* et les sources *réelles* de jadis sont parfois regardées comme étant les mêmes. Dans les sources *matérielles*, on classerait « [...] tous les éléments pouvant influencer la détermination de la règle de droit, du juste, [...] l'économie, la politique, et finalement tout, ce qui n'a guère de sens »²⁷⁹. De cette façon les sources matérielles recevraient un droit de grandir à la dimension *des pressions extérieures* qui s'exercent sur le droit, pressions que nous ne souhaitons pas confondre avec les *sources*. Or, si l'expression « sources matérielles » désigne, depuis les analyses de Gény, la jurisprudence et la doctrine, c'est l'expression « *sources réelles* » qui était utilisée par « *certaines juristes de la fin du XIXe siècle*²⁸⁰ » pour désigner ce tout dont l'intrusion à cet endroit « n'a guère de sens ». Il pourrait se faire en vérité que le détournement sans préavis d'une expression consacrée, le glissement sans précaution d'un fait du langage juridique dans un autre fait du langage juridique, ne soit pas favorable à la claire tenue de la réflexion juridique. Les « *sources réelles* » - et le mot source, ici, n'est bien sûr pas dans le sens que nous entendons lui réserver – désignaient les forces, les pressions, exercées par les choses (du latin *res*, rappelons-le, qui signifie *chose*).

Le professeur Cornu pour introduire, en tête de sa liste récapitulative, un premier emploi de l'expression « *sources du droit* » garde précisément ces *sources réelles*. L'auteur les regarde comme un « *ensemble des données morales, économiques, sociales, politiques, etc., qui suscitent l'évolution du Droit, considérations de base, causes historiques [...], sources brutes dites réelles que captent et filtrent les sciences auxiliaires de la législation pour alimenter la politique législative* »²⁸¹.

La confluence est nette avec les sources matérielles évoquées ci-dessus, vues comme un fourre-tout commode.

Or le professeur Gény, comme après lui les juristes que sa pensée marqua, rangeait dans les sources *matérielles* uniquement la jurisprudence et la doctrine : des formes pleines du droit, susceptibles en quelque façon de justifier le verdict, sans s'imposer d'une aussi formelle autorité que la Loi solennelle ou la coutume hors d'âge. A rebours, l'expression sources *réelles* a traditionnellement désigné des faits de société, *tous extérieurs au droit* mais susceptibles de le modeler par la force de leur poussée : les mœurs, l'histoire ou l'économie,

²⁷⁹ Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., op. cit., p. 194

²⁸⁰ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, op. cit., p. 31.

²⁸¹ Cornu G. et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, Source*, op. cit. p. 864

la philosophie, la pression de la rue, toute une sociologie des hommes... Il s'agit donc de « sources » au figuré, de sources entendues dans un sens second du mot, qui désignent - ou incluent pour le moins - ce que Ripert appelait les « *forces créatrices du droit* ». Les sources *matérielles* et les sources *réelles* du droit seraient donc par originelle vocation, deux catégories sémantiques entretenant entre elles un net rapport d'exclusion.

Le mariage de la carpe et du lapin pourrait toutefois se consommer dans deux cas :

Premier cas : pour sauvegarder le rapprochement voulu par certains auteurs entre deux expressions qui paraissaient antinomiques, on fait, à l'expression composée, le legs d'un double sens. *Les sources matérielles (ou réelles) du droit* sont alors installées sur un double chemin : « *Les sources dites « matérielles » ou « réelles » recouvrent deux sens, très mêlés en pratique* » écrit le Pr. Amssek²⁸². L'auteur affirme alors que les sources « *matérielles* » ou « *réelles* » s'entendent d'une part des facteurs sociologiques, historiques, moraux ou encore environnementaux qui vont agir sur le contenu du droit, influencer l'action du législateur. D'autre part on désignerait aussi par « [...] *sources « matérielles » ou « réelles », le fondement des différentes normes juridiques : non pas ce qui les explique, mais ce qui les justifie, leur confère valeur ou validité...* ».

Sources matérielles (ou réelles), ou bien, dans la foulée, sources « *intellectuelles* » aussi bien - s'agissant toujours, dans les trois cas, d'une épithète à commune validité, d'un même regard rassembleur portant sur des réalités dont on risque, ainsi, d'estomper la diversité. Le professeur Ghestin parle de sources *intellectuelles* ou *réelles* qu'il oppose aux sources *formelles* du droit. Les sources formelles sont dit-il, « *les règles juridiquement et formellement obligatoires* », alors que les règles intellectuelles ou réelles « *en sont l'inspiration* ». Ce qui retient notre attention c'est que deux lignes plus bas, l'auteur parle de sources *matérielles* ou *intellectuelles* instituant par là l'identité des sources *intellectuelles* ou *réelles* ou *matérielles* du droit²⁸³.

Trop fluctuantes dénominations ? Trop larges rassemblements ? La difficulté que l'on rencontre à bien penser le droit dans son indéniable complexité se reconnaît sans doute ici, dans ces obstacles ou ces difficultés. Ne doit-on pas penser, quoi qu'il en soit, que des expressions qu'on chargerait, par quelque souci de commodité, de rassembler très large en véhiculant des langages doubles ou tout au moins changeants, n'apporteraient qu'une

²⁸² Amssek P, *Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit »*, in Archives de philosophie du droit, Tome 27 – sources du droit, op. cit., p.253.

²⁸³ Ghestin J., Goubeaux G., Fabre- Magnan M., *Traité de droit civil, Introduction générale*, op. cit., p. 194.

contribution trop modeste aux œuvres de la transparence ? Agit-on dans un plein souci de clarté si l'on donne au même passager du droit les encombrants passeports d'identités multiples, ou si l'on donne une identité pareille à des passagers différents ?

Le Pr. Amselek, d'ailleurs, loin d'en disconvenir, souligne qu' « *il n'est pas très satisfaisant d'utiliser le même substantif « sources », même en faisant varier l'adjectif qui l'accompagne (formel, matériel,...), pour désigner des choses aussi différentes que celles que l'on vient de recenser. Il y a par là un danger, commun à toutes les notions équivoques, qui est de passer plus ou moins subrepticement d'un sens à un autre, de traiter syncrétiquement de problèmes très différents à la faveur d'une identité purement nominale.*²⁸⁴ »

Deuxième cas : l'antinomie sources *matérielles* et sources *réelles* est surmontée si l'une de ces deux catégories - celle des sources *matérielles* évidemment – se trouvait vidée de son contenu. Les sources *formelles* alors deviendraient... *les sources*.

Il faut penser, pourtant, que ce n'est pas là question futile et contenue dans quelque affaire insignifiante de mots. La réflexion sur le droit semble impossible à séparer de la réflexion sur ses sources : « *malgré ses dangers et ses imperfections, cette notion de « sources du droit » apparaît d'une certaine manière – et pour utiliser une autre métaphore – comme une clef permettant d'ouvrir les portes et de percer les mystères les plus intimes du monde juridique* »²⁸⁵ écrit le Pr. Amselek... Le *Dictionnaire de la culture juridique* a la même analyse : « *[...] malgré ses limites, la technique des sources du droit est irremplaçable.*²⁸⁶ »

Si les sources en tant que liste ont un effet de classement, fournissant un support pour la pensée qui s'organise, est-il besoin de surcroît que l'on classe les sources ? Tout classement qui rangerait d'un côté les sources directement agissantes, et de l'autre côté tout un environnement qui ne pourrait revendiquer ce caractère de droit formé – conduirait par force à mettre la jurisprudence aux côtés de la coutume et de la loi. Mais quid de la doctrine ?

Le professeur Jestaz, dans sa proposition renouvelée de classement des sources, envisage trois principales rubriques : d'abord « *les sources venues d'un sommet* » (la révélation, la loi, la jurisprudence), ensuite *les sources venues de la base* (l'acte juridique des particuliers, la coutume) et pour finir... « *une source inclassable* » : la doctrine. On pourrait peut-être s'étonner qu'une catégorie, déjà réduite à sa composante unique, se recommande de son *inclassabilité* pour investir un classement. Peut-être aurait-on pu, faute de pouvoir la

²⁸⁴ Amselek P, *Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit*, op. cit., p.254.

²⁸⁵ Ibid, p. 255.

²⁸⁶ Deumier P. et Revet T, *Sources du droit*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Allan D. et Rials S., Ed. Presses Universitaires de France, Paris 2003, p. 1434.

flanquer de quelque autre élément qui lui aurait permis d'être une pièce au sein d'un groupe, envisager de la caractériser par une autre dénomination. *Source latérale* ? Elle n'est en effet ni du sommet ni de la base. Elle est la réflexion que l'on pose à côté. Pour autant, l'épithète « *inclassable* » est révélatrice au moins d'un point de vérité. La doctrine, au sein des sources, a le classement difficile. Elle « [...] ne comporte aucune norme : à ce titre, elle est un peu – mais si peu ! – extérieure au droit », reconnaît le professeur Jestaz.²⁸⁷ Dans la répartition binaire entre « *sources réelles (ou matérielles)* » et les sources authentiques du droit - les secondes étant des réserves de droit formé - choisirait-on de la ranger parmi les *sources formelles*, investies de l'autorité juridique ou la relèguerait-on parmi les ferments, les latéralités, qui sont *puissances d'action* sur le droit ? Nous tâcherons de réexaminer ce point.

Pouvons-nous tenter de ranger maintenant des notions de rencontre et qu'emmêle une approche précipitée des *sources* ? Un petit nombre de questions pourraient y contribuer.

- Qu'est-ce qui consacre le droit dans sa légitimité, le mettant à disposition de qui doit s'en servir, le recueillant de sorte qu'on y puise ? Réponse : les sources – elles sont d'eau dormante à la façon de la coutume, ou d'eau vive à chaque instant renouvelée, dont les débordements sont à l'occasion difficiles à canaliser : ce qui serait le cas de la loi. Nous réserverons le mot « *source* » à cet emploi pour autant que nous le pourrons.

- Comment caractériser, par rapport au droit, l'économie, la société, les mœurs, la Nature ou la morale ou - la liberté de trier la liste étant offerte à la divergence des convictions – l'Histoire ou Dieu ? Ce sont les semences du droit. D'autres mots comme *antécédents*, comme *origine* ou *ferments* pourraient tout aussi bien convenir.

- Que sont les documents ? Ce sont des preuves du droit : la preuve que le droit *est* – qu'il existe au sein du droit positif – et la preuve aussi, s'agissant de certains droits subjectifs, qu'on *a* le droit dont on voudrait se prévaloir. Ces *preuves*, certes, sont utiles aux sources, à leur mise en ordre, à leur codification, à leur conservation comme à leur exploitation. Mais il convient cependant de ne pas les confondre avec elles. On confondrait, sinon, la confiture et le pot.

- Que sont, par rapport au droit, le Parlement, les avocats, les magistrats, les notaires, les enseignants, voire aussi bien les imprimeurs et bien d'autres encore ? Ce sont les forgerons du droit. Si prompts à germer que puissent être parfois les semences du droit, le droit, si ce n'est dans ses formes coutumières, est appelé au jour par l'action du législateur qui

²⁸⁷ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, op. cit., p. 3 .

lui donne substance et forme, il ne vit que par l'action de ceux qu'on appellera les juristes et de tous ceux qui leur assurent leur concours.

Il reste à souligner que les *sources* que nous avons distinguées - liant leur authentification de principe à leur qualité de fontaines de droit reconnu, de droit vivant – ces sources, donc, sont très variables en nature et notamment variables en puissance : on pourrait dire, en filant la métaphore de l'eau, qu'elles ont un débit variable. Un dernier point se rattache à notre propos de clarification : les sources du droit subjectif.

4. *Un dernier essai de clarification : les sources du droit subjectif.*

La division qui existe entre droit objectif et droit subjectif n'est pas ordinaire en ceci que ces deux formes du droit s'unissent dans ce qui les oppose : d'un côté, nous l'avons vu plus avant, le *droit des devoirs* et, de l'autre côté, le *droit des droits*. L'un complète l'autre « *en creux* », les droits devant se réexaminer sur la ligne où les devoirs commencent. Il n'en reste pas moins que le champ des droits subjectifs ne se confond pas, ne doit plus se confondre – à l'opposé de ce que pouvait en penser Hobbes - avec l'espace négligé par le droit objectif, avec le champ non investi par l'autorité souveraine. Il existe des repères pour protéger contre l'annexion cet espace habité par le droit des sujets de droit. Les droits subjectifs décrivent, pour la personne, un droit d'être et de faire et le droit objectif en donne la garantie. « *Dans une conception classique, le droit subjectif correspond à la prérogative individuelle que tire le sujet de droit de la règle de droit objectif. Il est l'affirmation d'un pouvoir personnel exclusif*²⁸⁸ ». Doit-on parler des sources du droit subjectif²⁸⁹? Des sources qui se distingueraient des sources *tout court* du droit *tout court* ?

En vérité cette question des *sources* des droits subjectifs ne se pose à nous que parce qu'elle apparaît sous la plume de juristes très autorisés. C'est le cas de Jean-Luc Aubert qui, dans son ouvrage déjà cité, *Introduction au droit*, consacre un chapitre entier, *Les Sources des droits subjectifs*, à la question dont il s'agit.²⁹⁰

Les droits subjectifs – est-il besoin de l'écrire ici ? – sont de deux ordres :

Les droits de la personne ou, plus exactement, les *droits de l'individu en tant que tel ou comme membre du corps social*. Il s'agit, pour faire court, du droit au nom, du droit à

²⁸⁸ Aubert J-L., *Introduction au droit*, op. cit., p. 89

²⁸⁹ Nous nous limiterons à l'évocation des droits subjectifs des personnes physiques, ayant reconnu que certains d'entre eux (droit au nom, à l'honneur...) sont extensibles aux personnes morales.

²⁹⁰ Aubert J-L., *Introduction au droit*, op. cit., p. 107 à 122.

l'honneur et au respect de la vie privée, du droit moral de l'inventeur ou de l'auteur, du droit d'élire et de se faire élire, du droit d'association, du droit de grève et du droit d'autorité sur ses enfants mineurs. Ces droits ne sont financièrement évaluables que, le cas échéant - d'une indirecte façon - pour certains d'entre eux : le droit au travail, le droit à la santé (dont on connaît par ailleurs les limites). Ce sont des droits qui ne concernent pas le patrimoine : et donc des *droits extrapatrimoniaux*. Ils sont en quelque façon des droits *d'être*.

A l'opposé, les *droits patrimoniaux* qui s'attacheraient au droit *d'avoir*. C'est le cas du droit de propriété, du droit de créance - au nom duquel le remboursement d'un prêt peut être exigé par un prêteur - et, sous leur aspect financier, des droits d'auteur.

On conviendra que les droits extrapatrimoniaux sont d'une grande stabilité : toutes leurs garanties sont à trouver dans le droit positif. A l'exception de certains qui peuvent être perdus par décision de justice – les droits civiques ou le droit d'exercer l'autorité parentale – ils n'ont pas grand besoin d'être établis si ce n'est, dans l'occasion, par la production de pièces d'identité. La source de ces droits sera difficilement distinguée des sources du droit *tout court*.

L'établissement des droits patrimoniaux, qui peuvent être acquis par nature et qui par nature sont cessibles, est susceptible de requérir des démarches plus complexes.

Jean-Luc Aubert distingue deux groupements de « *sources* » des droits subjectifs :

- les faits juridiques (la naissance, la filiation, l'accès à l'âge de la majorité, la mort etc.) qui ont leurs effets fixés par le droit posé.

- Les actes juridiques qui sont contractuels le plus souvent, volontaires toujours et qui établissent eux-mêmes leurs effets attendus. Certains sont unilatéraux (*actes déclaratifs* comme une reconnaissance de paternité, *translatifs* comme un legs testamentaire ou une donation entre vifs, *actes abdicatifs enfin* comme une démission, la remise d'une dette ou la renonciation à tel ou tel privilège, incluant le droit successoral). Certains relèvent du contrat²⁹¹ qui lie deux ou plusieurs personnes (on peut songer que l'une des formes les plus courantes est le contrat de bail.) Certains sont enfin plus collectifs en ceci qu'ils contraignent des personnes au-delà même de leurs signataires (tel est le cas des *actes unilatéraux collectifs* non contractuels engageant – par exemple au terme d'un vote à la majorité voulue - la totalité

²⁹¹ Le mot « *contrat* » devrait en effet s'employer quand la *convention* consigne un accord en créant des obligations réciproques. Or tel est ici le cas. Les mots dans leur emploi courant n'évitent pas une certaine ambiguïté. La « *convention collective* » est un contrat, dans la mesure où elle engage une négociation entre les parties, soldée par un accord signé. Tel n'est pas cependant le sentiment du professeur Jestaz qui, soulignant que la « *convention collective* » engage au-delà des parties contractantes, estime qu'elle « *a donc, dans ses effets, tous les caractères de la loi* » (voir Jestaz P., *Les Sources du droit*, op. cit., p. 38).

des membres d'une association, des copropriétaires de tel ou tel immeuble ou l'ensemble des membres d'un mouvement, d'un syndicat ; les *conventions collectives* entre employés et employeurs sont du même ordre en ceci qu'elles lient des groupes à la décision d'une majorité, mais différentes dans la mesure où leur raison d'être est contractuelle).

S'agit-il ici de « *sources du droit* » ?

- Les faits juridiques sont des faits. Juridiques en ceci qu'ils entraînent des effets de droit si on les rapporte au droit positif, ils ne sont pas des formes du droit. Comme le souligne au demeurant Jean-Luc Aubert lui-même, ils « [...] *sont de nature à entraîner, en vertu d'une règle du droit objectif, l'attribution de tel ou tel droit subjectif à une personne déterminée.* » L'établissement de leur matérialité peut nécessiter des documents comme preuves du droit.

- L'acte juridique, en ce qui concerne *l'instrumentum*, est un document. Il est une preuve²⁹² de droit, mais pas source du droit.

- Si l'on regarde l'acte juridique, en revanche, en considérant le *negotium*, il en ira bien sûr autrement : l'acte juridique des particuliers - si l'on se souvient que « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » - justifie d'être regardé comme une source du droit : par lui se créent des droits et des devoirs dont il constitue le dépôt. Il est source du droit, fontaine de droit, dans le sens le plus général des expressions dont il s'agit, s'inscrivant dans le droit positif : objectif et subjectif indistinctement.

Ceci revient à dire – et nous achèverons par là - qu'au sens de la théorie des sources, il faut considérer que les *sources* du droit subjectif n'existent pas : ce qu'on croit rassembler sous cette appellation sont des *faits*, des *preuves* ou des... *sources* du droit tout court !

D'insensibles évolutions du langage ont généré la polysémie du nom « *source* » en délaissant, dans une sorte d'obsolescence, un sens premier bien enraciné dans le droit. Le Professeur Jestaz est peut-être un peu trompé par les méandres des mots lorsqu'il juge que le terme « *source* » est « *impropre* » ou « *dogmatiques* » et qu'en « *bonne logique [...] les sources du droit résident dans (des) éléments extérieurs à celui-ci* ». Mais il a pleinement raison lorsqu'il juge que, tel qu'on entend le mot, ces « [...] *sources sont des modes d'expression ou, si l'on préfère, des manifestations du droit.*²⁹³ »

²⁹² Plus exactement c'est la production des documents qui représente la preuve, l'absence de documents (perdus ou détruits) pouvant être palliée, dans le meilleur des cas, par d'autres moyens de preuve et, par exemple, la preuve testimoniale etc.

²⁹³ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, op. cit., p.1.

Redisons-le : les sources sont de l'eau, non des antécédents de l'eau, les sources du droit sont du droit, du droit formé, des formes du droit, des *dépôts et consignations* du droit. Les volumes varient, variant aussi selon le temps - mais pas essentiellement, peut-on juger, l'adresse ou le nom des dépôts. Les sources *avérées* du droit sont la Loi *lato sensu*, la coutume et la jurisprudence, et la doctrine au rôle actif mais indirect, le droit sacré selon les temps et les lieux, la convention que l'on signe.

« *Mais après cela, la liste pourrait bien être close !* ²⁹⁴ »

L'affermissement d'un point de vocabulaire est-il pour le droit d'un intérêt véritable ? Il se pourrait que les mots mieux ajustés soient la chair d'une pensée plus juste. Il se pourrait que puissent être peu à peu mieux canalisés les désordres et les embarras sans nom qui sont dénoncés par la doctrine au chapitre des sources, à condition d'apercevoir que n'est pas « *source* » qui veut. Les pressions sur le droit – pour *légitimes* en vérité que certaines soient (c'est à chacun d'en juger) – ne sont pas des pressions *de droit* mais des forces de conquête et du dehors venues. C'est le cas de l'économie. Ce ne sont pas des *sources* : elles sont par rapport au *droit* ce que sont – par exemple aux Etats-Unis d'Amérique – les pouvoirs des *lobbies* ²⁹⁵ au regard du *pouvoir* : il est souhaitable de les contrôler. Ce n'est pas facile toujours.

Le droit maritime devrait nous donner l'occasion, d'abord de rencontrer de plus près, sur un terrain concret, chaque source avérée du droit, puis, plus loin, de distinguer les incertitudes et les questionnements qui doivent aujourd'hui, sous ce rapport, mobiliser l'esprit.

Face aux bouleversements - qui sont, pour les sources, un défi - serions-nous donc à l'aube de drastiques évolutions qui feraient que le droit, tel que nous avons pensé le connaître, aurait, dans les temps qui viennent, un visage changé ? Le droit général, encadrant le droit maritime et, pour une part l'infléchissant, ne sera-t-il plus (plus vraiment) le droit contrôlé par l'Etat, le droit *des peuples* ou ce droit *culturé* qui soutient une identité, ce droit se conservant sa clarté par une idéale et désirable sobriété, laïc, unifié, soucieux de l'intérêt de tous, équilibré dans la balance du jugement, gardant le dernier mot dans le surgissement des conflits. Ce Droit-là, peut-être un peu rêvé, sera-t-il donc remis en cause ? A la vérité, ces questions-là ne sont pas les grandes lignes de notre démarche et, le plus souvent nous

²⁹⁴ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, ibid, p. 6

²⁹⁵ L'action des *lobbies* ou groupes de pression s'est largement répandue, nous aurons à le vérifier, dans les hautes sphères de l'Union européenne.

n'aventurerons pas la réponse : il nous suffira, face aux situations rencontrées, d'aventurer la question. Le droit maritime, au demeurant, tendit de toujours vers l'universel.

Y a-t-il identité stricte entre les sources du droit maritime et les sources du droit général ? La réponse est oui : le droit maritime et le droit général, chacun de son côté répartissent leurs eaux dans de semblables puits, de semblables citernes : et c'est par exemple la loi, la coutume et le jugement... La réponse est non cependant – nous allons y venir - si l'on aperçoit que les mêmes amphores n'ont pas toujours, en mêmes quantités, les mêmes vins. Même les sources nouvelles – il y en a : le droit que l'on dit mou, le droit spontané créé par l'usage privé - prendront souvent des airs sensiblement différents dans le droit maritime. Plus qu'en droit général, ces sources nouvelles ont parfois la vigueur qu'il faut pour concurrencer largement les sources traditionnelles et le droit souple est souvent dur.

On se bat pour contrôler les sources traditionnelles et la jurisprudence de l'UE *fait la loi* contre la loi d'Etat. La source Loi déborde de partout. Mais les trop-pleins sont différents : pour le droit général le problème est dans la pléthore de normes où l'on s'enlise : et là le droit s'opacifie ; pour le droit maritime international, la pléthore est dans la concurrence et la Loi, convention ratifiée par les Etats, tend à s'asphyxier dans la pluralité qui divise. Le droit général est troublé, le droit maritime est troublé.

Le droit peut-il mourir ? Préférons une autre question. *Comment survivra notre droit maritime ?* Peut-il devoir, demain, migrer dans des formes que nous n'imaginons pas aujourd'hui ? Pourra-t-il, ses sources se guérissant, se perpétuer selon l'image que nous pensons connaître ? Il est aujourd'hui, nous semble-t-il – l'image est moins marine que terrestre – à la « *croisée des chemins* » : le droit maritime étant pourtant celui des routes de la mer. S'ajustera-t-il aux défis d'aujourd'hui qui sont déjà ceux de demain ? Le droit maritime était international de naissance et peine à le demeurer. Tel est peut-être aujourd'hui le défi de ce droit particulier d'origines lointaines (Première partie). L'autre défi, mais les deux sont liés, c'est de recouvrer sa vigueur malgré la mise à l'épreuve de ses sources (Seconde partie).

PREMIERE PARTIE : LE DROIT MARITIME, UN DROIT PARTICULIER DE SOURCES LOINTAINES

On peut juger que sont *particulières*, à plusieurs égards, les sources du droit maritime. Non pas, pourtant, que ces sources-là soient *différentes* : à l'instar des sources du droit terrestre, il est assuré qu'elles sont la Loi ou la coutume, la jurisprudence ou la convention – qui peut lier des particuliers mais aussi des Etats. Sans doute il ne serait pas malaisé, par la mise en regard du droit maritime et du droit que nous appelons « *terrestre* » - un peu par commodité – de montrer que ces sources occupent, dans l'un et l'autre cas, des surfaces et des volumes différents.

Il est, ce droit maritime, un droit du grand large où la coutume au vaste horizon fournit le terreau d'un *légiféré* plus tardif, où rivalisent le national et l'international – et même le supranational – un droit du large où l'international, quoi qu'il en soit, pèse d'un poids décisif. Et cela peut favoriser d'emblée quelque autre rapport de forces entre les *sources*. On peut certes juger que le *légiféré* maritime, au départ, est d'un pays : ses sources sont creusées dans la terre d'un lieu²⁹⁶ mais des eaux lui sont versées par tous les vents du ciel. Ce qui est vrai de la Loi, de la jurisprudence, est vrai de la coutume aussi bien, qui - loin de se développer dans le petit terroir de la tradition - se constitue dans les usages des ports et sur de vastes routes de mer. Vrai des conventions prises entre particuliers, qui ne sont plus des arrangements de voisins mais des marchés qui se signent à l'échelle du monde et qui recouvrent une vraie diversité de contrats : les contrats d'affrètement (au voyage, à temps ou coque nue), les contrats de transports (de marchandises ou de passagers) etc. Soulignons que le mot *convention* désigne aussi bien des traités signés entre Etats²⁹⁷. L'idée reste au demeurant la même et la *convention*, dans l'un et l'autre cas, fait *la loi* entre les contractants. Tout au plus, s'agissant des Etats, faut-il admettre que la multiplicité des contractants et des contrats sème parfois sur les océans d'ennuyeuses diversités de cette *loi*.

De la variété géographique de ses sources viennent les particularités²⁹⁸ du droit maritime.

²⁹⁶ « *Au début était le nationalisme – chauvinisme ou patriotisme* » écrit le Doyen Rodière, in *Le Droit maritime*, Ed. P.U.F., Paris 1980, p. 9.

²⁹⁷ Mais dans ce cas, la source n'est plus le contrat mais la Loi.

²⁹⁸ Le Doyen Rodière estime que, pour parler du droit maritime, il faut écarter le terme de *particularisme* : « *Le droit maritime puise au fonds commun des concepts et des règles du droit civil, commercial, administratif, social et c'est pourquoi et il ne faut pas parler de son « particularisme ». Mais il est original...* ». Ibid. p. 5.

D'un point de vue plus spécifiquement français, les différences à relever s'expliquent pour l'essentiel par deux facteurs distincts mais formant une complémentarité : le caractère international du droit maritime que nous évoquions (Titre 1^{er}) puis, sur un plan proche et cependant différent – par les logiques mêmes de la création du droit - l'eupéanisation largement entamée, bien que tardivement, de ces mêmes sources (Titre 2nd).

TITRE 1 : LA PREPONDERANCE DES SOURCES INTERNATIONALES DU DROIT MARITIME

« *La mer, la mer toujours recommencée*²⁹⁹ ». Le Doyen Rodière, en citant - sans le nommer- le *Cimetière marin* de Paul Valéry dès l'avant-propos d'un ouvrage connu³⁰⁰, s'applique à prendre en compte un lot de réalités qui ne se figent pas : la mer et conjointement, précise-t-il, le droit maritime en mouvement comme le flot, comme le flot perpétuellement recréé. L'image retient aussi l'idée d'immensité. L'immense, à s'en remettre à l'étymologie, c'est ce qui n'aurait pas de mensurations, qui se soustrairait à la mesure, à la domestication pleine, à la possession – fût-elle une possession par l'esprit – peut-être même à certains commandements classiques du droit. La mer est toujours un défi. « *Ce toit tranquille, où marchent des colombes, / Entre les pins palpite entre les tombes*³⁰¹ ». Elle est rivage et possible paix, grand large et tutoiement de la mort. Elle est résistante au désir de régner qui se rencontre dans les hommes. Il lui appartient de se jouer de la Loi comme un cheval qu'on croyait capturé mais qui refuse le mors. Des expressions comme « *droit maritime* » ou, bien entendu, comme « *droit de la mer* », ont, elles aussi leur contenu de défis. La mer sépare et la mer unit. La mer oppose et rassemble à la fois : ses ports, depuis la nuit des temps sont des lieux de rencontres et de parole échangée. Des lieux de convoitise aussi dont la guerre a parfois pratiqué le blocus. Et puis des havres de l'accueil, de l'hospitalité, le lieu de paix que l'on gagne en traversant, s'il le faut, sa peur. Ainsi la mer, « *inter-nationale* » en éternité, c'est ce royaume entre les royaumes des hommes : entre les nations humaines. International, le droit maritime aussi l'est de toujours et par conséquence obligée.

Moins que *le droit de la mer* ? En apparence. « *Edicté par un Etat souverain, la France, la Grande-Bretagne, le droit maritime s'applique aux entreprises et aux personnes. Le droit de la mer, dont les règles trouvent leur source dans les procédures normatives du droit international public (conventions internationales, coutume et jurisprudence internationales) définit les compétences respectives des Etats et de la communauté internationale sur les espaces maritimes*³⁰² », écrivent Pierre Bonassies et Christian Scapel. Mais ceci, tout au plus, est différence de berceaux. Les mêmes auteurs s'empressent de souligner que « *Le droit maritime ne peut ignorer le droit de la mer, aujourd'hui moins encore qu'hier* ». Ils ajoutent que (...) *nombre de règles du droit maritime ont aujourd'hui*

²⁹⁹ Valéry P., *Le Cimetière marin*

³⁰⁰ Rodière R. *Le Droit maritime*, P.U.F., Paris, 1980, p. 3.

³⁰¹ Valéry P., *ibid*

³⁰² Bonassies P. et Scapel C., *Droit maritime*, Ed. LGDJ, Paris 2006, p.1

*leur source dans des conventions internationales (...) la différence entre droit maritime et droit de la mer s'atténuant ainsi » D'ailleurs, précisent-ils, (...) la vie maritime est par essence internationale*³⁰³».

International, le droit maritime l'est donc. Dans ses fondements mêmes – on serait tenté de parler, donnant au terme un sens architectural, de fondations – dans ses fondamentaux qui fixent ses substances et l'enracinent dans le temps (section 1). Nous aurons à vérifier plus loin que cette réalité de toujours est une réalité d'aujourd'hui (section 2).

³⁰³ Ibid.

Chapitre 1 : Les fondements factuels de la prépondérance : la réalité de toujours

Les fondements du caractère international du droit maritime ont à se rechercher dans une double direction, tenant à son objet particulier (Section 1) mais encore à son histoire (section 2).

Section1 : Une vocation internationale inscrite dans l'objet particulier du droit maritime.

L'objet du droit maritime est de régler la navigation maritime pratiquée à des fins privées³⁰⁴, comme aussi bien les activités humaines qui lui sont liées. Ceci permet de situer le *droit maritime* en l'opposant au *droit terrestre* d'une part et, d'autre part, au *droit de la mer* qui est d'obédience publique. Par activités humaines, nous entendons ici toutes les activités privées liées à la navigation maritime, même à titre accessoire, et donc à la mer.

L'approche ci-dessus nous semble réunir, d'une façon somme toute assez classique, les éléments essentiels : la réglementation de la navigation maritime et l'attache privée, les autres activités maritimes. En faisant apparaître d'abord la notion de navigation cette approche est également respectueuse d'une hiérarchie car si le droit maritime est aujourd'hui loin d'être un droit de la seule navigation en mer, il est assuré que la navigation constitue toujours son « noyau dur ». Bien d'autres activités liées à la mer et notamment d'autres activités *en mer* sont à prendre en compte cependant qui sembleraient promises à de vastes développements. Nous pensons particulièrement à des activités au large (*off shore*) et qui concernent notamment l'exploitation pétrolière, la prospection des fonds marins ; peut-être bientôt, d'une façon significative une exploitation des ressources minéralogiques du plateau continental. La définition suivante, large et synthétique et que nous avons déjà citée, pourrait être mise de l'avant : « *Le droit maritime peut être défini comme l'ensemble des règles juridiques spécifiques directement applicables aux activités que la mer détermine* »³⁰⁵.

La navigation maritime a pour vocation, quant à elle, de « [...] transcender les frontières, [...] d'être internationale », elle relie les terres entre elles et donc les hommes entre eux. Elle peut se définir comme « [...] celle qui se pratique généralement³⁰⁶ en mer.

³⁰⁴ Comme le souligne le professeur Rémond-Gouilloud, citant le Doyen Rodière, il faut se souvenir que « *but d'intérêt privé* » ne signifie pas nécessairement « *but lucratif* ».

³⁰⁵ Bonassies P. et Scapel C., *Droit maritime*, op. cit., p. 1

³⁰⁶ La navigation maritime commence et (ou) se termine normalement dans un port. Il peut aussi arriver qu'une partie du voyage maritime s'effectue dans les estuaires, sur des fleuves, des rivières ou des canaux, mais il nous semble que pour être qualifié de navigation maritime, la majeure partie du voyage doit s'effectuer en mer.

Elle peut avoir pour objet le commerce, la pêche ou la plaisance »³⁰⁷. Ainsi définie, la navigation maritime est une entreprise où l'on s'expose, à longueur du parcours ou pour une partie du voyage, aux risques de la mer. Elle est caractérisée par un lieu mais aussi, si l'on exclut le cabotage de secteur à petit rayon, par une vocation non discutable au dépassement des frontières d'Etats. La mer est espace international par essence (I). Cet espace international appelle un statut juridique particulier (II).

I. La mer espace international

Il s'agit, nous l'avons aperçu, d'une internationalité reçue de la géographie : tout au plus est-il envisageable ici de regarder séparément ce qui appartient à la géographie physique, humaine et politique et qui, peu ou prou, relèverait de la permanence (A) et ce qui a varié, déjà, dans le temps que nous traversons, qui relèverait de la géographie économique (B)

A. Le caractère international de l'espace maritime une donnée de géographie physique, humaine et politique.

Comprise comme l'ensemble des océans et des mers adjacentes que compte notre planète, la mer couvre 361 millions de km², soit 71% de la surface de la Terre. La mer entoure donc physiquement tous les continents – toutes les terres sont des îles - et son volume représente plus de 97% de la totalité de l'eau présente sur Terre³⁰⁸. Ainsi notre planète est, pour les trois-quarts ou presque, une planète d'eau : sa part internationale est sa part marine d'abord.

Nous aurons à préciser ci-après, tant soit peu, ce que fut l'histoire agitée de l'Homme et de la mer, apercevant des combats, des conquêtes et d'inqualifiables violences – et distinguant dans ces tumultes un des vecteurs essentiels de la réalisation de l'homme en tant qu'homme et, notamment, bien au-delà des espaces marins, par des progrès du droit. Convenons d'ores et déjà du caractère essentiel de la mer en tant que moteur de l'histoire humaine. La mer, espace *inter-national*, fut pendant longtemps le seul moyen de relier les peuples entre eux. Elle fut aussi et demeure le principal moyen de subsistance de certains peuples. Les premiers empires furent d'ailleurs ceux qui s'érigèrent près de la mer. Elle fut un facteur d'enrichissement, de civilisation, de puissance aussi, pour les hommes qui en possédèrent la maîtrise. La connivence avec le milieu marin fut de cette façon le facteur qui déterminait un classement hiérarchique des nations. « *Le droit maritime est né et s'est*

³⁰⁷ Le Bayon A., *Dictionnaire de droit maritime*, Ed. Presses universitaires de Rennes, Rennes 2004, p. 174

³⁰⁸ Sur ce point voir Laubier L., *Océan et mers*, article consulté sur le site Internet de l'encyclopédie Universalis

développé sous le double signe de la différence acceptée et entretenue des Etats et de la différence non moins voulue et entretenue entre les hommes. Les pays d'armateurs, plus riches ou mieux organisés que les autres, imposaient leur loi et leur supériorité ne leur donnait pas mauvaise conscience³⁰⁹ ».

B. Le caractère international de l'espace maritime est, de plus en plus, une donnée de géographie économique.

Le milieu naturel marin s'appréhende en divers visages et ces divers regards sont en rapport direct avec les données ci-dessus. D'abord elle est la voie de navigation. D'une manière ancienne, estime le Doyen Rodière, « *le droit maritime se réduisait au droit des transports par mer et de tout ce qui en dépendait ou qui le commandait : statut du navire et des marins, régime des assurances, des ventes réalisées par un transport au-delà des mers, des accidents de navigation*³¹⁰ ».

D'autres regards se sont manifestés qui engagent à chaque fois de nouvelles réflexions sur le droit maritime autant que des tentatives d'aménagements. Toujours la donne internationale est prédominante et tout ce qui touche à la mondialisation de l'économie. Si le rôle du transport par mer est pleinement conservé, d'autres facteurs économiques ont su s'imposer comme « *l'exploitation des nodules polymétalliques et du pétrole sous-marins*³¹¹. »

Le milieu naturel marin, dans sa dimension internationale – et notamment dans sa dimension économique internationale – est aussi regardé, parfois, comme un lieu sinistré : ce qui soumet au questionnement permanent le droit maritime et le droit de la mer. Exploitation fiévreuse à outrance avec plates-formes pétrolières au large des côtes et parfois plantées, par la hâte d'exploiter, dans la précipitation, les hasards, les dangers. Pollutions : naufrages de pétroliers – certains presque neufs, certains mal entretenus par d'avaricieuses envies d'économiser - dégazages au large et dont le bénéfice, en termes de coûts, fait ignorer l'extrême nocivité. Surpêche en raison des appétits du commerce international, au risque de voir mourir un nombre de plus en plus grand d'espèces un peu trop recherchées (le thon rouge n'est qu'un exemple et ceux qui restent pris dans les filets conduisent déjà jusqu'aux assiettes un mercure extrêmement dangereux dont ils sont parfois contaminés). Doit-on parler de la mort des coraux qui sont indispensables à la vie ?

³⁰⁹ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., avant-propos. La mauvaise conscience a gagné du terrain, juge l'auteur, et l'on masque les inégalités patentes en attribuant une égale voix, dans les conférences internationales en charge du droit maritime, aux nations les plus pauvres et aux nations les plus riches Et pourtant « *les différences existent et les fossés se creusent entre Etats riches et pays pauvres appelés pudiquement Etats en voie de développement* »

³¹⁰ Rodière R. Ibid.

³¹¹ Rodière R. Ibid., p. 4.

Tout cela qui interpelle le droit, se déroule à l'occasion dans l'impuissance avérée du droit. Le droit trouve au moins, dans les faits qui surviennent, une occasion de s'amender³¹²... « *Il reste beaucoup à faire. Des produits bien plus nocifs que le pétrole ne donnent encore lieu à aucune réglementation ; si l'un des barils de tétrahétilite de plomb lâché par un cargo yougoslave s'était éventré, toute l'Adriatique aurait été polluée. Il faut sans doute attendre une pareille catastrophe pour agir*³¹³ » Ne continuons pas. C'est un tableau qui force trop sur les couleurs sombres. Il faut sans doute s'en convaincre. Il faut le souhaiter.

Car si la mer meurt, le droit maritime aura moins de raisons de demeurer vivant.

Le milieu naturel marin compte, au nombre de ses particularités, d'être presque toujours un espace de dangers. Nous parlions précédemment des « *hommes qui en possèdent la maîtrise* ». Une maîtrise de la mer ? ... le terme est sans doute inapproprié car a-t-on jamais vraiment maîtrisé la mer ? « *Si vous voulez aller sur la mer, sans aucun risque de chavirer, alors, n'achetez pas un bateau : achetez une île!* » écrivait Marcel Pagnol³¹⁴. La mer, mère nourricière et trait d'union pour les hommes, est aussi mer cruelle et dévoreuse de vies³¹⁵. La mer est aujourd'hui, toujours, un danger potentiel. Sans doute estimera-t-on que le superpétrolier sophistiqué d'aujourd'hui s'expose à moindre péril que l'aventureux trois-mâts des vieux récits de mer. « *Il reste que, même pour les bâtiments les plus importants, les dangers subsistent. L'Histoire de la mer, comme aussi l'histoire même du droit maritime, est marquée par le nombre des navires perdus : le Titanic en 1912, le Torrey Canyon en 1967, l'Amoco Cadiz en 1978 (...), l'Exxon Valdez, polluant gravement au printemps 1989 les eaux de l'Alaska (...), l'Erika sombrant le 13 décembre 1999 au large de la Bretagne*³¹⁶. Il n'est pas rare que de nombreuses morts d'hommes soient au rendez-vous : 1912, le *Titanic* ; 2002,

³¹² « *Il est d'ailleurs notable d'observer que plusieurs des plus importantes conventions internationales ont été adoptées à la suite d'un sinistre maritime. Tel fut le cas en 1914 de la première Convention sur la sécurité de la vie en mer, née du naufrage du Titanic, ou en 1969 et 1971 des Conventions sur la prévention ou la réparation des dommages de pollution par hydrocarbures, décidées à la suite du sinistre du Torrey Canyon.* » Bonassies P., Scapel Chr. *Droit maritime*, op. cit., p. 6.

³¹³ Le Doyen Rodière relève cependant qu'une Convention signée à Londres en 1972 organise la lutte contre l'immersion des déchets provenant des navires ou des plates-formes *off shore*. Environ 80% des déchets toxiques évacués dans la mer y sont déversés par l'embouchure de fleuves véhiculant une importante pollution chimique, op. cit. p. 41

³¹⁴ Pagnol M., *Fanny*, II, 3, Panisse

³¹⁵ Chacun connaît, de Victor Hugo, le poème *Océano Nox* – nuit sur la mer – qui dit le risque et le désarroi, la mort. On pourrait être tenté d'en rappeler les derniers vers :

« Où sont-ils les marins sombrés dans les nuits noires?

O flots! Que vous savez de lugubres histoires!

Flots profonds redoutés des mères à genoux!

Vous vous les racontez en montant les marées,

Et c'est ce qui vous fait ces voix désespérées

Que vous avez le soir quand vous venez vers nous! »

³¹⁶ Sur ce point, voir Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p.6.

le Joola sombrant avec mille six cents passagers et marins sénégalais. « *En moyenne chaque jour un navire de plus de 100 tonneaux se perd corps et biens (ceci veut dire : navire et cargaison) et le chiffre croît : 473 en 1978.*³¹⁷ » La mer est un lieu de péril. Les forts courants la parcourant, l'action du vent, des climats, le tout se cumulant avec la fragilité des embarcations, la nature internationale des trajets maritimes – ils sont longs de ce fait – et les maladies qui surviennent, en font d'origine une source de risques variés pour l'homme, animal terrestre. La solidarité traditionnelle, internationalement connue par les gens de mer, est une réponse à ces dangers : sorte de *droit naturel* ou tout au moins de terreau dans lequel ont poussé certaines spécificités du droit maritime. Tel quel, en effet, le droit maritime appelle un corpus supranational de règles adaptées, spécifiques et communes.

II. La mer champ du droit maritime

Le droit maritime est érigé sur une idée de liberté de la haute mer (A). Les particularités de l'aventure en mer ont dicté les spécificités de ce droit (B).

A. Le droit maritime, un droit bâti sur un principe de liberté de la mer.

La chose, en vérité, n'est pas nouvelle et le principe de liberté des espaces marins, qui s'impose aux statuts juridiques de la mer, est proclamé dès 1609, par le *De Mare liberum* de Grotius³¹⁸. La haute mer, estime-t-il, ne saurait être objet de bornages. On ne peut par conséquent la posséder. La mer est internationale en droit. De par son étendue cette mer suffit aux besoins de tous et doit rester commune à tous. Elle est un bien non aliénable originel de tous.

- Notre droit maritime est largement construit sur ce socle-là. Construit sur une idée de liberté. Construit. Car si Grotius est, en son temps, le chantre d'un naturalisme juridique assez largement réexaminé, sa pensée n'écarte pas – de beaucoup s'en faut – le droit construit positif : celui qui procède (à rebours du droit naturel) de l'expression des volontés humaines. Pas d'exclusions, d'antagonismes idéologiques ou de partis pris combattants. Droit naturel ou

³¹⁷ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 26. Ouvrage édité au quatrième trimestre 1980.

³¹⁸ Grotius a profondément marqué la pensée juridique : il est à la fois le père de la théorie moderne du droit naturel, le père du droit international mais aussi – cela regarde au premier chef notre présente réflexion – l'un des grands noms du droit maritime. On peut même considérer que son ouvrage essentiel, *De Mare liberum*, jette en 1609 les bases de ce droit tel que nous connaissons aujourd'hui. S'opposant aux visées fortement annexionnistes des puissances maritimes comme l'Angleterre ou l'Espagne et le Portugal – et préservant peut-être par là certains intérêts des Pays-Bas dont il est le diplomate et le sujet - Grotius défend par l'argumentation son principe essentiel de la liberté de la mer. On pourra juger que, ce faisant, Grotius creuse les fondations du droit maritime au sein du droit naturel tel que la raison le distingue - ou que des considérations tirées de *la nature des choses* ont pouvoir d'assurer les assises de ce droit. C'est *naturellement* que les espaces marins sont libres et non soumis à la possession.

droit construit ? Naturalisme ou positivisme ? En vérité ce n'est pas « ou ». C'est « et ». Ce qui paraît procéder d'un « donné » sans date – éventuellement abordable, au demeurant, par l'œuvre de pensée - fournit un soubassement pour ce que l'on bâtit.

Liberté. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM), signée à Montego Bay en Jamaïque le 10 décembre 1982, inscrit dans son article 87, ce principe de liberté de la mer. Il s'applique à la haute mer et ne concerne donc pas les eaux territoriales ou la zone économique exclusive (ZEE) des Etats. Cette Convention organise cependant le *passage inoffensif* (non susceptible de nuire à l'Etat côtier) dans les eaux territoriales et le passage en transit dans les détroits.

Liberté, toujours. L'article 87, corrigeant partiellement l'injustice physique subie par les pays enclavés, précise par ailleurs qu'ils ont, sur la haute mer, les mêmes droits que les pays côtiers : « *La mer est ouverte à tous les Etats, qu'ils soient côtiers ou sans littoral. La liberté de la haute mer s'exerce dans les conditions prévues par les dispositions de la convention et les autres règles du droit international.* » Sont ainsi spécifiées la liberté de navigation, la liberté de survol et, sous certaines réserves, la liberté de poser des câbles ou des pipelines sous-marins, de construire des îles artificielles, la liberté de la pêche et la liberté de la recherche scientifique...

- Difficile liberté de la mer qui se vivait dans le mélange et l'incertitude des lois. Liberté de la mer, internationalité de la mer, ce sont là – point n'est besoin de le souligner – des expressions de forte synonymie : la mer va d'origine – et c'était plus net dans les temps anciens - plus loin qu'aucun pouvoir terrestre établi. Le droit maritime, à l'origine, est un essai de combler du vide juridique. Aussi bien la mer *au départ* est-elle un lieu de force et pas un lieu de droit. C'est en tuant que les pirates de la flibuste et les corsaires du roi gagnaient pour l'essentiel leur vie. Le port, et la terre au-delà, se trouvaient-ils mieux servis ? « *Les raisons du plus fort sont toujours les meilleures* »³¹⁹ estimait La Fontaine et, selon Ihering, « *le droit n'est pas une idée logique mais une idée de force* »³²⁰ et « *tout droit dans le monde a dû être acquis par le combat* »³²¹. Mais le grand large était... au large de tous les juges et de tous les gendarmes et de tous les rois. La loi morale alors ? Eut-elle une pleine part au milieu d'hommes durs et qu'abrutissaient les désirs, la violence et peut-être la peur³²²? La loi de

³¹⁹ La Fontaine, Fables, Le loup et l'agneau, livre 1, fable 10

³²⁰ Ihering R., *Le combat pour le droit*, traduit de l'allemand par Alexandre-François Meydiou, éd. G. J. Manz, Vienne 1875, p. 2

³²¹ Ibid, p.1

³²² L'évocation des *Conquistadors*, des conquistadors, par José-Maria de Heredia – « [...] *penchés à l'avant des blanches caravelles / Ils regardaient monter en un ciel ignoré / Du fond de l'océan, des étoiles nouvelles* » est auréolée, pensons-nous, d'une beauté... rêvée. Les conquistadors massacreront sans retenue les hommes des

Dieu ? Dieu – mais c'est affaire de foi – fut bien la seule autorité que la haute mer ne rendait pas plus éloignée. Le roi n'étant plus là, le capitaine était maître à bord et « *seul maître à bord après Dieu* ».

B. Les spécificités du droit maritime dictées par les particularités de l'aventure en mer.

Diverses spécificités du droit maritime ont leur explication dans cette liberté de la mer, dans cette périlleuse liberté de la mer, dans l'éloignement des ports, dans les dangers rôdant toujours et qui rendent chacun plus dépendant de tous, instruisant – quelquefois - l'attitude de tous à moins de sévérité pour chacun. Le droit qui s'applique à *comprendre* est de l'intérêt de tous. Et l'on reconnaît que l'activité maritime – un lien planétaire entre les hommes - est d'intérêt général. Le droit maritime est donc un droit spécifique. On se contentera de citer quelques-unes de ces spécificités, comme à titre d'exemples, et demeurant très loin de tout effort d'exhaustivité. Nous mesurons par ailleurs que l'ordre dans lesquels nous rangeons les observations ci-dessous répond d'abord à des soucis de clarté d'exposé. Tout est sans doute plus lié, plus *interpénétré*, que dans l'image que nous en donnons, notant ci-après diverses proximités (ne parlons pas d'interférences) entre puissance publique et droit privé, l'aspect novateur du droit maritime aventuré dans un rôle de découvreur, les indulgences d'un droit du large affronté aux risques majeurs, le pragmatisme d'un droit qui doit gérer presque toujours au plus concret.

C'est probablement parce qu'il est *international* - ou tout au moins parce qu'il est un droit du large et que les puissances publiques *nationales* ont le souci de garder l'œil, de manifester des formes de présence et d'assurer des garanties – que paradoxalement le droit maritime, un droit privé, s'ouvre à diverses interventions publiques. Nous verrons plus loin que le mouvement du monde – et l'impact grandissant des économies dans les affaires du monde – inscrit dans un jour passablement troublé cette dialectique du national et de l'international. Nous nous situons ici, pour l'heure et pour l'essentiel, d'un point de vue français.

La présence de la puissance publique au sein du droit maritime est notamment manifestée dans le statut du capitaine. S'il n'est plus *seul maître à bord après Dieu*, l'étendue des pouvoirs qu'il exerce au nom de l'autorité publique est telle que « [...] *le capitaine est*

Amériques. Le droit peut aussi pousser parmi les terres dévastées. S'il meurt, pensons-le, ce n'est pas forcément pour de bon.

*véritablement le représentant de l'Etat à bord*³²³». Le Doyen Rodière expose, en quelques mots de résumé, l'essentiel de ces attributions publiques : « *Il est le chef de la société du bord et à ce titre joue les rôles d'officier d'état civil (il dresse les actes de naissances et de décès) ; de notaire (il authentifie les testaments rédigés à bord) ; d'officier de police judiciaire (il commence l'instruction des crimes et délits commis à bord).*³²⁴ ». A ce titre il dispose de pouvoirs disciplinaires très étendus : le pouvoir, notamment de contraindre au besoin les personnes. En effet, l'ancien article 28 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande prévoyait que dès qu'il avait connaissance d'un crime, d'un délit ou d'une contravention commis à bord, le capitaine avait compétence pour procéder à une enquête préliminaire et en cas de nécessité, il pouvait faire arrêter préventivement la personne mise en examen. Ces prérogatives ont connu des aménagements récents dont la portée pourrait être essentiellement formelle. Aux termes d'une loi d'une 7 avril 2008, il apparaît en effet que le capitaine interviendrait désormais sur instruction du Procureur de la République. Il reste que le procureur compétent n'est pas désigné par ce texte et que le capitaine retrouve la plénitude directe de ses pouvoirs de police en *cas d'urgence* (et l'urgence est constatée par lui).

- L'une des attaches les plus sensibles – au moins les plus visibles - entre le navire et la puissance publique réside dans le pavillon que ce navire bat. « *La loi du pavillon participe de la juridicité de la haute mer. Tel est le sens des dispositions de l'article 92 de la CNUDM* » écrit Cécile De Cet Bertin³²⁵. Cet article de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, signée en 1982 à Montego Bay, dispose que « *Les navires naviguent sous le pavillon d'un seul Etat et sont soumis, sauf dans des cas exceptionnels prévus par les traités internationaux ou par la convention, à sa juridiction exclusive en haute mer* ». Il reste que les contraintes légales en relation directe avec la nationalité du navire ont dû reculer devant diverses considérations dictées par l'économie, dont nous reparlerons. La portée juridique du pavillon se trouve assez largement mise en cause par les pavillons de complaisance extrêmement nombreux. S'il est vrai que le droit maritime est un lieu de synthèse « *entre le nationalisme et l'internationalité*³²⁶», les pavillons de complaisance et même –dans une moindre mesure- les pavillons bis sont un moyen de contourner les exigences nationales et d'embarquer dans de larges proportions des équipages internationaux souvent mal formés et

³²³ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 190.

³²⁴ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 65. Bonassies et Scapel consacrent plusieurs pages à l'examen détaillé de ces attributions publiques comme au problème associé de la nationalité du capitaine, in *Droit maritime*, op. cit., p. 189 - 192.

³²⁵ De Cet Bertin C., op. cit., p. 73.

³²⁶ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 5

mal payés³²⁷. La pression très augmentée de l'économie sur le droit cherche des moyens d'assouplir ou de contourner le droit. Le jeu féroce de la concurrence est peu favorable au choix de la vertu. Le droit, de cela, pourrait-il bien mourir ?

- Au nombre des manifestations de la puissance publique au sein du droit maritime il faudrait citer les exigences traditionnelles en matière de nationalité de l'équipage. En droit français, la nationalité française était la règle. Il n'y a pas si longtemps que cette question de nationalité se manifestait d'une façon centrale : « [...] un arrêté du 21 novembre 1960, modifié par un arrêté du 12 juin 1969, énonce que tous les emplois du pont, de la machine et du service radio sont réservés aux personnes de nationalité française, tandis que les emplois du service général leur sont réservés pour les trois quarts seulement...³²⁸ » Il se trouve cependant que la donne traditionnelle est ici bouleversée, non seulement par les pratiques dont nous venons de parler mais aussi, nous y reviendrons, par les exigences européennes. Le 26 février 1996, sous la pression de la Cour de justice des Communautés européennes³²⁹, une rédaction modifiée de l'article 3 du Code de travail maritime a réservé l'obligation de la nationalité française au seul capitaine et à son second, stipulant que « *le capitaine et l'officier chargé de sa suppléance doivent être français* ». Mais en dépit des pouvoirs d'officier de police judiciaire, d'officier d'état civil et d'officier ministériel qui s'attachent, à la mer, aux fonctions de capitaine, le texte a été remanié par la loi³³⁰ du 7 avril 2008 éradiquant toute référence expresse à la nationalité française. L'article 1^{er} de cette loi dispose en effet qu'« *A bord des navires battant pavillon français, le capitaine et l'officier chargé de sa suppléance sont ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne, d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse. L'accès à ces fonctions est subordonné à la possession de qualifications professionnelles et à la vérification d'un niveau de connaissance de la langue française et des matières juridiques permettant la tenue des documents de bord et l'exercice des prérogatives*

³²⁷ La règle instituée du profit maximal immédiat se découvre en ceci. « *Cela n'est pas sans inconvénients en cas d'incidents de navigation (c'est ainsi qu'il semble bien que le Torrey Canyon, armé par semblable équipage multinational, se soit échoué en raison d'un manque de compréhension entre le capitaine, italien, et le marin, philippin, qui tenait la barre).* » Bonnassies P., Scapel Chr. *Droit maritime*, op. cit., p. 122. Cécile De Cet Bertin (p. 57 de l'ouvrage déjà cité) relève par ailleurs que « *des pratiques indignes se sont développées. Des armateurs « voyous des mers » [...] abusent du besoin de ressources des citoyens de pays en développement, prêts à tout, et donc à acheter le droit de travailler à bord d'un navire, pour toucher un salaire de marin. Ces pratiques notoires du commerce international ont fructifié sans entraves jusqu'à ce que surviennent des catastrophes maritimes au large des côtes des pays industrialisés et que l'on établisse, statistiques à l'appui, que le « facteur humain » était la cause première de tels accidents.* ».

³²⁸ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 207.

³²⁹ Devenue depuis lors la Cour de Justice de l'Union européenne. Il faut sans doute indiquer que les récriminations de la Cour de justice à l'endroit de la France étaient datées de 1974.

³³⁰ Loi n° 2008-324 du 7 avril 2008 relative à la nationalité des équipages de navires. JORF du 8 avril, Art 1^{er}.

de puissance publique dont le capitaine est investi. Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis des organisations représentatives d'armateurs, de gens de mer et de pêcheurs intéressés, précise les conditions d'application de cette dernière disposition.

Les membres de l'équipage sont ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne, d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse dans une proportion minimale fixée par arrêté du ministre chargé de la mer pris, après avis des organisations représentatives d'armateurs, de gens de mer et de pêcheurs intéressés, en fonction des caractéristiques techniques des navires, de leur mode d'exploitation et de la situation de l'emploi ».

- La proximité de la puissance publique a son origine dans l'inscription maritime - instituée par la loi du 3 brumaire An IV et inspirée par Colbert - et supprimée depuis : cet organisme militaire avait pour essentiel objectif d'assurer les effectifs de la marine de guerre en cas de conflits, maintenant sous son regard les marins marchands qui devaient être des *inscrits maritimes*. Il nous semble bon de préciser ce que fut cette *inscription maritime*, originale dans sa conception mais qui représente aussi, pensons-nous, l'un des enracinements du caractère social du droit maritime. *« Ce mode d'immatriculation des marins fut institué sous Colbert. Le but en était d'assurer un recrutement correct des équipages militaires. Jusque-là, en l'absence de vocation, le recrutement s'opérait par « la presse » : en cas de besoin un bas quartier du port était bouclé, et tout homme valide embarqué de gré ou de force. La qualité du recrutement s'en ressentait : c'est pourquoi Colbert substitua la carotte au bâton. L'inscrit maritime allait bénéficier d'avantages sociaux alors inconnus ailleurs : demi-soldes aux vieux et aux infirmes, demi-soldes également aux marins pendant leur temps à terre. C'étaient des retraites, des pensions d'invalidité, des congés payés au XVIIIe siècle. S'y ajoutaient l'exemption de charges féodales et divers monopoles. À ce prix, la profession de marin, devenue attrayante, suscita les vocations requises. Le but était atteint : disposer d'un vivier d'hommes amarqués, prêt à servir à bord des navires militaires, le cas échéant. L'inscription maritime a été supprimée par une loi du 8 juillet 1965. Elle a été remplacée par l'administration des affaires maritimes, corps d'officiers de l'armée de mer dont les fonctions sont à la fois sociales, disciplinaires et de surveillance »³³¹.*

- Les choses ont certes changé : la flotte de guerre a bien moins besoin des bateaux marchands. Dans l'esprit quelque chose est resté. *« C'est une des caractéristiques du*

³³¹ Rémond- Gouilloud M., *Droit maritime*, Edition Pedone, Paris 1988, p. 97

*droit maritime qu'à une époque où le travail terrestre était régi par les corporations, le travail maritime était l'objet d'une attention directe et diligente de l'Etat*³³²». D'autres avantages à caractère social seront à mettre à son compte, et, pareillement, d'autres solidarités.

L'aspect social fut donc un élément fondateur essentiel de l'inscription maritime. Mais au-delà – selon l'espace et le temps, c'est aussi dans la stature internationale, du droit maritime, aventuré vers les lointains, qu'il faut chercher son côté social et découvreur, sa force novatrice : il est un droit qui marche en éclaireur, ouvrant des routes pour d'autres formes de droits, notamment dans l'organisation des solidarités. « *Le droit maritime s'est en effet affirmé comme un droit précurseur, avec ses règles de prédilection : le sauvetage et l'assistance, l'abordage ou les avaries communes parmi d'autres*³³³ ».

- Droit de la haute mer, le droit maritime avait à s'ouvrir à la recherche des sécurités. « *Les périls de la mer expliquent des institutions longtemps inconnues du droit terrestre ou plus généralisées en droit maritime qu'en droit civil ou commercial terrestre* ». ³³⁴ C'est le cas de l'assistance en mer, impérative, internationale bien sûr, et constituant un principe solennel parmi les gens de mer avant que la « *non-assistance à personne en danger* »³³⁵ ne fasse son entrée dans le Code pénal français. Elle est « *d'abord une tradition immémoriale à la mer*³³⁶ », illustrant combien les sources du droit maritime auraient pouvoir d'agglomérer des sources coutumières, des sources légales et des sources religieuses³³⁷. « *L'assistance maritime est un fait ancien qui fait l'objet d'une réglementation récente à l'échelle de l'histoire du droit maritime [...] La première réglementation, en 1910, est internationale*³³⁸ ». D'aucuns jugeront que l'obligation de l'assistance en mer répond à une idée de justice naturelle ; qu'elle est donc conforme au droit naturel.

- On peut subodorer que, dans cette recherche des sécurités, le droit maritime inventa l'assurance et que la source en est la coutume à nouveau, mâtinée dans l'occasion de

³³² Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 67

³³³ Montas A., *Le rapport du droit maritime au droit commun, entre simple particularisme et véritable autonomie*, DMF 2008.307

³³⁴ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 5

³³⁵ Plus exactement *l'abstention volontaire de porter assistance à une personne en péril* qui est punie (art. 223-6 du Code pénal) de sept ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

³³⁶ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 324.

³³⁷ Pierre Bonassies, s'appuyant sur les travaux de René Rodière, précise en note, à la page 324 de leur ouvrage déjà cité que « *le premier texte précis en ce sens [est] sans doute la bulle « Cum nobis » de Pie V* » qui fut un pape de la Renaissance. Il semble également qu'on ait trouvé, dans la pratique de l'assistance en mer, des traces nettes de droit musulman.

³³⁸ De Cet Bertin C., *Introduction au droit maritime*, op. cit. p. 115.

droit romain. « *Les assurances qui tendent à faire partager les risques par tous les membres d'une catégorie donnée (les chargeurs, les transporteurs, les passagers, les marins, les constructeurs...) sont apparues en matière maritime dès le XV^e siècle quand le droit terrestre ne les pratiquera pas avant le XIX^e.*³³⁹ » La chose sera plus nette encore si l'on veut bien regarder comme une forme d'assurance le *prêt à la grosse*³⁴⁰ anciennement connu des armateurs. Il s'agissait d'un emprunt de l'armateur mais qui, dans certaine condition, ne serait pas remboursé. « *Cette institution existait en droit romain sous le nom d'argent trajectice* » ou *foenus nauticum* » note Cécile De Cet Bertin³⁴¹ qui relève que l'apport du prêteur était perdu dans l'hypothèse d'un sinistre et que « *l'indemnité d'assurance était en quelque sorte versée a priori.* » Point n'est besoin d'ajouter que, dans l'hypothèse d'une expédition couronnée de succès, la mise générait pour le prêteur un bénéfice important : la *prime de grosse*, à la hauteur – importante toujours – que prévoyait le contrat. Quelque parenté pourrait sans doute être découverte entre cette « *assurance à l'envers*³⁴² » et l'actionnariat d'aujourd'hui mais à la réserve près que le prêteur, assez souvent, pouvait être un unique banquier et que le gain que ce dernier pouvait escompter se trouvait fixé par avance. Il est entendu que le développement ci-dessus n'épuise en rien la question de l'assurance maritime et que les valeurs de plus en plus colossales de ce qu'on expose aux risques de la mer – les navires autant que les cargaisons – sont telles, aujourd'hui, que les assurances aux multiples facettes ont à se regarder comme « *la condition même du commerce maritime*³⁴³ »

- *L'assurance* est aussi sociale et le droit maritime, ici aussi, fut un droit d'avant-garde. « *La sécurité sociale y est née des siècles avant que l'on s'en préoccupât sur terre (même dans les mines)*³⁴⁴ », estime René Rodière. Les préoccupations sociales abondent en effet dans le droit maritime et l'on notera même que les marins sont en principe protégés dans le cas d'une saisie hypothécaire du navire : en effet, parmi les sûretés de premier rang figure le paiement des *loyers*³⁴⁵ de l'équipage, ce qui donne au marin statut de créancier privilégié. Cette priorité de créance est, selon Rodière, « *contresens du point de vue logique, mais solution d'une évidente justice sociale...* ».³⁴⁶ Le marin bénéficie de trois privilèges à la

³³⁹ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 6

³⁴⁰ Il faut semble-t-il entendre *grosse expédition, grosse aventure, gros risques et... grosses espérances de gros bénéfices !*

³⁴¹ De Cet Bertin C., *ibid.*, p. 21

³⁴² Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 29

³⁴³ Scapel C., *Droit maritime*, op. cit., p. 819.

³⁴⁴ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 8

³⁴⁵ C'est le nom traditionnel du salaire d'un marin qui peut-être (sur un navire de pêche) un salaire à la part, un salaire au voyage ou, comme c'est le cas de plus en plus, un salaire au mois

³⁴⁶ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 56

charge de l'armateur et celui-ci doit le payer³⁴⁷, lui assurer des soins, le rapatrier s'il est malade ou blessé ou débarqué en fin de contrat dans un port étranger. « *C'est parce qu'« il éprouve le besoin de créer dans certains cas une solidarité d'intérêts que le droit terrestre ne connaît point »*, que le droit maritime a souvent mis en mouvement l'idéal de solidarité qui l'innerve ». ³⁴⁸

Le souci des solidarités concerne aussi la solidarité des intérêts que le droit maritime organise. « *A l'impossible nul n'est tenu* », dit-on : face aux difficultés reconnues, peu prévisibles parfois, le droit maritime a choisi de se défier de l'esprit procédurier qui cherche un bouc émissaire afin de le charger des péchés d'Israël. Le droit maritime opte à l'opposé pour une attitude où l'on se serre les coudes. Un exemple illustre assez bien ceci : le principe des *avaries communes*. L'institution des avaries communes est ancestrale, on la retrouve déjà dans l'antiquité à travers la *Lex rhodia de Jactu*, qui est un règlement contenant les règles sur le jet et la contribution, emprunté par les romains aux lois et coutumes de l'île de Rhodes. A l'initiative de l'International Law Association, le règlement des avaries communes sera en 1890, règlementé au niveau international par les règles d'York et d'Anvers. Ces règles, non obligatoires³⁴⁹, seront modifiées à de nombreuses reprises, notamment « [...] en 1974, 1990, et 1994, [et 2004] à l'initiative du Comité maritime international »³⁵⁰. Le règlement des avaries communes consiste dans un partage entre tous les intérêts concernés par une expédition en maritime, ou d'une mise en commun, des dommages occasionnés lors de ladite expédition. « *En pratique, les avaries communes sont des avaries-frais et des avaries-dommages. Les premières sont des frais engagés par le capitaine du navire dans l'intérêt commun, telles que les dépenses d'assistance. Les secondes sont des dommages causés à la marchandise dans l'intérêt commun. Tel était le cas du jet à la mer de la marchandise aux temps où le capitaine pouvait le pratiquer et empêcher ainsi le navire de chavirer.* »³⁵¹ » Rodière cite aussi le cas d'un sabord que l'on pratique dans la coque, au-dessus de la ligne de flottaison, de manière à se rendre maître d'un incendie survenu dans une cale. Dans tous les cas ci-dessus quelqu'un se trouve lésé dans la préservation de l'intérêt général : le possesseur

³⁴⁷ Pierre Bonassies indique (ouvrage déjà cité, p. 224) que « *le droit du travail maritime a de tout temps protégé le salaire des marins par des règles strictement impératives. C'est ainsi que si tous les salaires sont aujourd'hui partiellement insaisissables (et incessibles), la règle de l'insaisissabilité du salaire s'est établie beaucoup plus tôt en droit maritime qu'en droit commun, remontant au moins à 1745, alors que les premiers textes « terrestres » ne sont apparus qu'en 1845.* » Encore un exemple de la spécificité pionnière du droit maritime.

³⁴⁸ Ripert G., « *Droit Maritime* », tome III, « Abordage et Assistance - Avaries communes - Assurances maritimes », 3ème éd., Rousseau, Paris 1929, no 2175, p. 158. Cité par P. Bonassies *Traité de droit maritime*.

³⁴⁹ Sur ce point voir l'article L5133-1 du code des transports

³⁵⁰ Bonassies P., op. cit., p. 373-374

³⁵¹ De Cet Bertin C., *Introduction au droit maritime*, op. cit. p. 119.

de la marchandise jetée, l'armateur ou le propriétaire du navire (éventuellement confondus). A terme, il sera procédé au partage des frais ou des dommages entre tous les intérêts liés. « *Les avaries communes sont décidées par le capitaine et constituées par les dommages, pertes et dépenses extraordinaires exposées pour le salut commun et pressant des intérêts engagés dans une expédition maritime* ». ³⁵² Au plan des sources, il s'agit d'un nouvel exemple de confluence ou même d'interférence entre la coutume et la loi : « [...] *la théorie des avaries communes, tout à fait typique du droit maritime [est] née d'une loi rhodienne du II^e ou III^e siècle avant J.C., s'est adaptée aux modalités diverses et souvent très modernes de ces sacrifices que, temporairement, le profit de tous demande à l'un des intérêts engagés dans l'expédition maritime* » ³⁵³ »

D'autres exemples pourraient être cités en matière de solidarité des intérêts comme les indemnités d'assistance. L'obligation d'assistance en mer est très ancienne. Elle est aujourd'hui rigoureusement encadrée par les textes. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 10³⁵⁴ de la Convention internationale sur l'assistance maritime du 28 avril 1989 : « *Tout capitaine est tenu, autant qu'il peut le faire sans danger sérieux pour son navire et les personnes à bord, de prêter assistance à toute personne en danger de disparaître en mer* ». L'assistance au navire lui-même n'est obligatoire qu'après un abordage (article 8³⁵⁵ de la Convention du 23 septembre 1910 pour l'unification de certaines règles en matière d'abordage).

Qu'il y ait eu abordage ou pas, et sauf cas de force majeure, l'assistance est obligatoire de la part des pilotes lorsqu'un navire est en péril (article L 5341-2 du code des transports). Or le navire qui se porte à la rescousse d'un autre navire en détresse est à même d'attendre une rémunération qui tienne compte des risques qu'il a pris, du temps qu'il a dépensé, des biens qu'il a sauvés. C'est ce que précisait l'ancien article³⁵⁶ L5132-2 du code des transports pour

³⁵² Article 5133-3 du code des transports.

³⁵³ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 30

³⁵⁴ Intégré dans notre droit interne à l'article L 5262-2 du code des transports

³⁵⁵ Intégré dans notre droit interne à l'article L 5262-6 du code des transports

³⁵⁶ Devenu article L.5132-3 depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2011- 635 du 9 juin 2011. Cet article dispose aujourd'hui que « Les opérations d'assistance qui ont eu un résultat utile donnent droit à une rémunération au profit de la ou des personnes qui ont fourni une assistance. Sous réserve de l'article L5132-5, aucun paiement n'est dû en application du présent chapitre si les opérations d'assistance n'ont pas eu de résultat utile. II.-Les services rendus malgré la défense expresse et raisonnable du propriétaire ou du capitaine du navire ou du propriétaire de tout autre bien en danger qui n'est pas ou n'a pas été à bord du navire ne donnent pas droit à rémunération. III.-Aucune rémunération n'est due pour des services rendus en vertu de contrats conclus avant que le danger ne survienne, à moins que les services rendus n'excèdent ce qui peut raisonnablement être considéré comme l'exécution normale du contrat.

lequel « *Tout fait d'assistance ayant eu un résultat utile donne lieu, dans ce cas seulement, à une rémunération équitable dont le montant ne peut dépasser la valeur des choses sauvées*³⁵⁷.

Une rémunération est due même si l'assistance a eu lieu entre navires appartenant au même propriétaire. Toutefois, les dispositions du présent alinéa ne sont pas applicables aux navires ou bateaux de l'Etat ».

Peut-être parce qu'il est international, ou du moins contraint de vivre au lointain de ses ports, le droit maritime est un droit qui doit se montrer plus indulgent. Ceci, pour une part se déduit de ce qui précède.

- Il s'applique à réduire, autant que le permet la raison, les conséquences des responsabilités reconnues. Là où le droit terrestre tend à se régler sur la sagesse populaire, estimant que *qui casse paie*, le droit maritime aperçoit que la mer est plus forte que l'homme, épargnant pour cela celui que le droit commun pourrait ailleurs accabler. La mer est une place où, selon la terminologie anglo-saxonne, il est légitime de s'attendre à « *l'acte de Dieu* » (Act of God). « *Le droit maritime est en effet ordonné autour de la notion de « risque (maritime) », qui a toujours commandé sa répartition entre participants à l'expédition maritime, répartition elle-même illustrée par la fameuse idée de « solidarité des gens de mer*³⁵⁸ ». Des expressions comme « *limitation de responsabilité des propriétaires de navires* », « *limitation de responsabilité en matière de créances maritimes* », « *limitation de responsabilité dont bénéficie l'armateur* », « *les épaves et la limitation de responsabilité* », émaillent les textes. Limitations de responsabilité concernant des situations, limitations de responsabilité engageant des personnes physiques ou morales, limitations de responsabilité du transporteur, du propriétaire de navire (en qualité de personne physique ou de société), limitations de responsabilité du pilote en charge du navire à l'entrée du port ou dans les passes difficiles.

A rebours, c'est une lourde responsabilité qui pesait sur le capitaine. Eu égard à la complexité parfois confuse des textes, il y avait lieu de se régler sur l'article 5 de la loi n°69-8 du 3 janvier 1969³⁵⁹ (devenu article 5412-2 alinéa 1^{er} du code des transports) qui dispose que *Le capitaine « [...] répond de toute faute commise dans l'exercice de ses fonctions*». De façon peut-être inattendue, c'est une décision prise en matière de responsabilité civile qui,

³⁵⁷ « *La valeur des choses sauvées* ». Cette précision rappelle utilement que le sauvetage des hommes ne peut ouvrir droit à quelconque rémunération. On ne comptabilise pas la valeur d'une vie. C'est d'ailleurs ce que rappelle le Doyen Rodière (op. cit, p. 49) : « *Dans la valeur des choses sauvées, on ne tient pas compte des personnes... Non, c'est une tradition : on sauve les hommes pour rien.* ».

³⁵⁸ Montas A., *Le rapport du droit maritime au droit commun, entre simple particularisme et véritable autonomie*, op. cit, p.307

³⁵⁹ Loi n°69-8 du 3 janvier 1969 relative à l'armement et aux ventes maritimes, JO du 5 janvier 1969, p.200.

prenant à rebours le droit maritime, a formé le cadre d'une limitation de la responsabilité du capitaine de navire. Il s'agit de l'arrêt Costedoat du 25 février 2000³⁶⁰.

M. Costedoat, pilote d'hélicoptère, avait été reconnu personnellement responsable par Cour d'appel d'Aix-en-Provence d'avoir endommagé des récoltes, ayant pulvérisé par jour de grand vent les produits toxiques dont l'épandage lui était confié, sans tenir compte de la météorologie. La Cour de Cassation, siégeant en Assemblée plénière le 25 février 2000, censura le jugement de la Cour d'Appel et décida que « *n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant.*³⁶¹ » Or, il est indéniable que le capitaine, en dépit de l'étendue de ses prérogatives et du caractère très général de sa mission, est - *dans les termes du droit commun* - le préposé de l'armateur³⁶², et l'armateur le commettant du capitaine.

Il semblerait cependant que la Cour de cassation soit passablement embarrassée par cet arrêt Costedoat. Un arrêt d'Assemblée plénière du 14 décembre 2001 vient en limiter la portée, précisant « *le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci* »³⁶³, la faute intentionnelle³⁶⁴ engage donc la responsabilité du préposé, fût-elle commise en obéissance aux ordres du commettant. La première chambre civile de la Cour de Cassation, par un arrêt du 13 novembre 2002, refusa cette même immunité professionnelle au médecin salarié d'une clinique en mettant de l'avant son « *indépendance professionnelle intangible* »³⁶⁵. Or cela pourrait se dire aussi d'un capitaine de navire en mer. Il se trouve aussi, cependant, que la même première chambre civile de la Cour de Cassation, par un arrêt du 9 novembre 2004 s'est remise dans la ligne de l'arrêt Costedoat en estimant qu'une sage-femme salariée, « *qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé, n'engage pas sa responsabilité à l'égard de la patiente*³⁶⁶ ». Cet arrêt a par la suite, été confirmé par la 1^{ère} chambre civile de la cour de cassation le 12 juillet 2007. A cette occasion, la Cour de cassation a réaffirmé que « *le médecin salarié, qui agit sans excéder les limites de la mission*

³⁶⁰ Ass. Plén., 25 février 2000, arrêt Coastdoat, *D.* 2000.673, note Brun P.

³⁶¹ Ibid.

³⁶² Ceci a d'ailleurs été affirmé par un arrêt de la Chambre commerciale de la cour de cassation le 19 juin 1951, arrêt *Lamoricrière*, DMF 1951.429

³⁶³ Cass. Ass. Plén., 14 décembre 2001, arrêt Cousin, *D.* 2002, 1230, note Julien

³⁶⁴ La Cour d'appel de Rennes a d'ailleurs eu l'occasion de préciser, le 25 janvier 2005, que le délit de non assistance à « matelot » en danger prévu par l'article 223-6 du Code pénal était constitutif d'une faute intentionnelle faisant perdre au préposé, le capitaine, le bénéfice de son immunité civile. DMF 2006.671

³⁶⁵ Cass. Civ. 1ère, 13 novembre 2002, *D.* 2003.580, note Deis-Beauquesne S.

³⁶⁶ Cass. Civ. 1ère, 9 novembre 2004, *D.* 2005.253, note Chabas F.

qui lui est impartie par l'établissement de santé privé, n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient »³⁶⁷ Les capitaines de navire en ont pris acte.

En revanche, la chambre criminelle de la cour de cassation est encore venue limiter le principe de l'immunité du préposé, dans un arrêt du 28 mars 2006, dit arrêt Stade de France. A cette occasion, la chambre criminelle a précisé que « *Le préposé auteur d'une faute qualifiée aux sens de l'article 121-3 du Code pénal, engage sa responsabilité civile à l'égard du tiers victime de l'infraction, celle-ci fût-elle commise dans l'exercice de ses fonctions* »³⁶⁸. Elle confirmera ce principe, le 13 mars 2007, à propos de l'immunité civile d'un capitaine de chalutier, auteur d'une faute pénale non intentionnelle³⁶⁹.

Il est admis, par le plus grand nombre aujourd'hui, que la jurisprudence est une source du droit. Mais une source est quelquefois troublée.

Le droit, dans des époques troublées, peut connaître des fièvres.

- Il arrive aussi que les indulgences du droit maritime apparaissent sensiblement excessives et qu'une correction soit jugée souhaitable alors. Nous évoquerons dans l'occasion des limitations de responsabilités traditionnelles du propriétaire de navire et du transporteur que l'action plus récente du droit maritime aménagea très sensiblement.

Le problème de la limitation de responsabilité couvre en droit maritime un domaine aussi complexe que vaste et ce ne sont ici que de modestes aperçus³⁷⁰.

Si l'on faisait le bilan de tout ce qui précède – aussi bien le voisinage entre l'autorité publique et l'intérêt privé, la tradition novatrice et la préoccupation sociale ou l'indulgence dans le jugement des responsabilités - l'on conclurait que le droit maritime, institué pour l'espace international et très particulier de la mer, est au total un droit plus pragmatique : dans la recherche des moyens, nous l'avons vu, dans la gestion des conflits. « *Clairement, nombre de solutions maritimes sont nées de la nécessité, si bien que leur fondement théorique est discuté par la doctrine* », écrit Arnaud Montas³⁷¹.

³⁶⁷ Cass. Civ. 1ère, 12 juillet 2007, D. 2007. 2908, note Porchy-Simon S.

³⁶⁸ Cass. crim., 28 mars 2006, JCP G 2006, II, 10188, note Mouly J.

³⁶⁹ Cass. Crim., 13 mars 2007, chalutier *La Normande*, DMF 2007.686, obs. P. Bonassies

³⁷⁰ « *C'est pour partie la considération des risques de la mer qui justifie la limitation de responsabilité des armateurs, mais c'est aussi parce que les activités que ceux-ci ont en charge sont indispensables à l'économie internationale, et par là d'un intérêt général évident, que l'on peut accepter de voir leur responsabilité allégée par rapport aux entrepreneurs terrestres* » Bonassies P., Scapel Chr. *Droit maritime*, op. cit., p. 7. C'est introduire assurément l'idée de pragmatisme.

³⁷¹ Montas A., *Le rapport du droit maritime au droit commun, entre simple particularisme et véritable autonomie*, op. cit., p 310

- Ce pragmatisme, à rebours de l'esprit d'indulgence que nous évoquions, peut se traduire au besoin par un niveau très accru d'exigence et de sévérité. Ceci se manifeste au recrutement du marin qui doit répondre à d'autres conditions de dignité que le postulant d'un emploi terrestre. « *Pour être marin, il faut n'avoir subi aucune condamnation à une peine criminelle, ou à une peine correctionnelle de plus de deux ans de prison, ou même à une peine correctionnelle sans sursis de plus de six mois de prison pour coups et blessures volontaires, vol, escroquerie, attentat aux mœurs, ou rébellion. Une simple condamnation avec sursis (dépassant six mois de prison) interdit même l'exercice de la profession maritime, quand elle sanctionne proxénétisme ou trafic de stupéfiants*³⁷² ». L'intention est très pragmatique et très claire : il s'agit de préserver l'expédition maritime en éloignant du navire une faune incertaine, aux âpres mœurs, et qui s'épanouirait de nuit sous l'éclairage jaune des ports. Autre considération mais pragmatisme identique : un suffisant état de santé, préservant des aptitudes physiques et la résistance à des conditions de vie parfois rudes, est réclamé du marin³⁷³.

- Le pragmatisme se manifeste aussi, traduisant des exigences de la vie en mer, dans l'organisation des services et des horaires de travail. Les conditions qui s'imposent aux marins se rapprocheraient parfois de celles qui sont faites aux militaires en campagne. « *Un marin en principe travaille quarante-huit heures par semaine, mais le capitaine peut lui demander quatre-vingt-dix heures de travail supplémentaire par mois, et en cas de circonstances exceptionnelles, il est juge de l'effort supplémentaire plus grand encore qu'il lui réclame* »³⁷⁴

En vérité ces chiffres datent de 1980 mais ils témoignent du pragmatisme du droit maritime. Si leur aménagement témoigne d'une intention de diminuer l'écart entre ce droit maritime et le droit terrestre, il reste qu'un certain esprit demeure : en principe aujourd'hui, « *les règles du droit commun s'appliquent à la détermination de la durée du travail, la durée normale étant de 35 heures par semaine avec un maximum de 10 heures par jour. Mais des dérogations restent possible quand la sécurité du navire l'exige.* »³⁷⁵. Notons que l'Article L5544-13 du code des transports dispose que : « *Le capitaine peut exiger du marin les heures de travail nécessaires à la sécurité immédiate du navire, des personnes présentes à bord ou de la cargaison, ou en vue de porter secours à d'autres navires ou aux personnes en détresse en mer. Dans ces cas, le capitaine peut suspendre l'organisation habituelle des horaires de*

³⁷² Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 207.

³⁷³ Ibid., p. 219-220

³⁷⁴ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 68

³⁷⁵ Bonassies P., op. cit., p. 223

travail ou de repos et exiger d'un marin qu'il travaille pendant le temps nécessaire pour faire face à ces circonstances. Lorsque celles-ci ont cessé, le capitaine attribue au marin qui a accompli un tel travail, alors qu'il était en période de repos, un repos d'une durée équivalente. Les conditions dans lesquelles ce repos est pris tiennent compte des exigences de la sécurité et des nécessités de la navigation.».

Le pragmatisme est aussi dans l'obligation faite au marin de prêter son concours, les circonstances le justifiant, pour l'accomplissement de toute tâche du bord. « *Un marin ne peut pas prétendre préserver sa spécialité ; l'intérêt de tous le commande.* ³⁷⁶ ». Ceci s'entend de toute circonstance exceptionnelle, à l'instar de celles qui sont évoquées ci-dessus et non de celles, quotidiennes, qui relèvent d'une conduite ordinaire des tâches. L'article L5542-34 du code des transports est venu préciser ce point, rappelant au demeurant l'autorité du capitaine : « *Sauf dans les circonstances de force majeure et les cas mentionnés aux articles L 5542-35 et L 5544-13, dont le capitaine est seul juge, le marin n'est pas tenu, à moins d'une convention contraire, d'accomplir un travail incombant à une catégorie de personnel autre que celle dans laquelle il est engagé* ».

- C'est par pragmatisme enfin que le droit maritime institue un contrôle des avances sur salaire accordées au marin. D'une part, ces avances doivent être accordées, mais elles sont d'autre part consenties, pour un montant limité – un mois de salaire ordinairement – sous le contrôle de l'autorité maritime. L'employeur est dispensé de céder à toute demande plus large, en effet : « *la partie de l'avance dépassant la fraction légale reste acquise au marin à titre d'avance perdue* ³⁷⁷ ». L'idée, très concrète, est de protéger le marin - comme la famille de celui-ci - contre les tentations des ports étrangers. « *Toutefois, des avances peuvent être accordées, au-delà du maximum légal, sous forme de délégation, mais seulement au bénéfice de personnes qui sont à la charge du marin [...] la femme, les ascendants ou descendants du marin, mais aussi la concubine de celui-ci, le droit maritime ayant ainsi légalisé le concubinage bien avant le droit social général* ³⁷⁸ ».

Il est indéniable donc que les particularités, puissamment novatrices, du droit maritime ont leurs fondements dans son objet particulier, dans la vocation internationale de ce droit qui étend son champ d'exercice aux océans du vaste monde. Mais le caractère international des sources du droit maritime a d'autres fondements dans son histoire même.

³⁷⁶ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 68

³⁷⁷ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 212.

³⁷⁸ Ibid.

Section 2 : Une vocation internationale inhérente à l'histoire du droit maritime.

Le droit maritime est un droit très ancien, bien plus ancien que les premières traces écrites que nous en possédons : il s'est construit sur d'anciennes coutumes dont la capacité à se répandre est lié à l'essor international de la navigation (I). Faute d'écrire ici l'histoire de ce droit nous dresserons le très court inventaire des premières œuvres juridiques qui, sur le plan de l'international ont ébauché sa forme et sa force (II).

I. L'essor de la navigation, vecteur de l'internationalité du droit maritime.

L'histoire de la mer, et du droit maritime aussi bien, sert de trame – une table des matières, une toile de fond – de support naturel pour une histoire universelle des hommes.

L'expansion de la conquête marine est le vecteur qui porta peu à peu le droit d'inspiration européenne à l'échelle de la planète, effectuant les premiers pas de cette mondialisation qui caractérise et préoccupe notre époque et que nous avons évoquée. Que le droit d'inspiration européenne ait de meilleurs mérites qu'un autre droit, nous nous garderons bien de le proclamer. Tout au plus un trait plus général dans sa conception put favoriser son acclimatation – sans élimination des droits locaux – dans la texture hétérogène de l'universel. Partant de là – malgré sa compromission totale avec un effrayant déni de justice, l'immense porte ouverte à l'esclavage commercial, cet esclavage particulier dans l'histoire humaine et que l'Afrique aurait pratiqué depuis toujours mais à petite échelle – il apparaît que l'expansion maritime eut à terme un rôle actif dans la perception de l'homme universel comme un sujet de droit.

La navigation maritime est au centre de la vie maritime ; de quelque nature qu'elles soient, toutes les activités maritimes lui sont liées une manière ou d'une autre.

Au départ, elle constitue le premier système de transport³⁷⁹ permettant aux peuples de commercer entre eux. Elle est également le principal moyen d'accès aux ressources de la mer.

Le commerce maritime daterait du X^e siècle avant J.-C.³⁸⁰, porté par les armateurs phéniciens qui assuraient le transport des marchandises en Méditerranée, créant de nombreux comptoirs commerciaux. Les Phéniciens sont alors les seuls à naviguer loin des côtes, en s'orientant grâce à soleil le jour et l'étoile Polaire la nuit. Les marchands grecs³⁸¹ et romains³⁸², suivront leur exemple, et tous les Etats littoraux dès le Moyen Âge.

³⁷⁹ Si l'on excepte le portage (à dos d'animal ou d'homme).

³⁸⁰ Source : Encarta 2006

³⁸¹ A partir du VI^{ème} siècle avant J.-C.

³⁸² A partir de la fin du I^{er} siècle avant J.-C.

Du XIII^e au XV^e siècle, d'importants perfectionnements dans la construction navale permettent aux hommes de s'aventurer beaucoup plus aisément sur les mers³⁸³. Au XIV^e, les Vénitiens disposent d'une puissante flotte marchande et dominant le commerce maritime en Méditerranée, s'enrichissant notamment grâce au commerce des épices dont ils détiendront l'exclusivité jusqu'à la fin du XV^e siècle³⁸⁴.

À partir du XV^e siècle, L'Europe étale sa puissance au-delà de ses propres limites. En 1497, Vasco de Gama s'ouvre la voie des Indes en passant par l'Atlantique et l'Océan Indien. D'autres navigateurs portugais franchissent à sa suite le cap de Bonne-Espérance et se lancent dans l'aventure. Christophe Colomb tente sa chance par l'ouest mais découvre l'Amérique, terre, elle aussi, riche en épices et autres marchandises de grande valeur. Venise va dès lors perdre son monopole de plus grande puissance commerciale, et c'est l'Europe atlantique qui sera le moteur des échanges mondiaux. L'ouverture de nouvelles voies maritimes entre l'Europe et l'Orient stimule l'importation de produits asiatiques (or, soie, épices) en Europe. L'exploitation des richesses du Nouveau Monde entraîne un nouvel essor du commerce maritime, perçu dès lors comme un enjeu politique : il est moyen d'enrichissement, moyen d'affirmer sa suprématie, moyen pour de grandes nations maritimes d'asseoir leur domination politique et militaire - et notamment par le biais de la colonisation (le terme s'entendant d'abord pour *mise en valeur des terres*), par la création des compagnies maritimes.

Du XV^e siècle et jusqu'à la fin du XVI^e siècle, les Espagnols et Portugais sillonnent les océans du globe, explorant la majorité des territoires accessibles par la mer. Les historiens s'accordent à dire que c'est au XVI^e siècle que commence véritablement « [...] *l'histoire mondiale et universelle dominant les histoires locales et particulières* ». ³⁸⁵Ce siècle de la Renaissance est en effet marqué par le développement de la construction navale, entraînant le rapide accroissement du commerce international et le transport maritime à moindre coût.

La traite des esclaves est à situer dans ce contexte et constitue l'un des épisodes les moins glorieux de l'histoire de la marine. Elle commence au lendemain des massacres par les Espagnols des populations de l'Amérique du Sud et la constatation d'une forte pénurie de main d'œuvre. En dépit de la ferme condamnation du Pape Paul III³⁸⁶, cette traite se développera pour aboutir au sinistre « commerce triangulaire ». Il ne saurait être question

³⁸³ Sur ce point voir Peronnet M., *Le XVI^e siècle, 1492-1620*, Ed. Hachette supérieur, Paris 1995, p.24

³⁸⁴ Source : Encarta 2006

³⁸⁵ Sur ce point voir Peronnet M., *Le XVI^e siècle, 1492-1620*, op. cit., p.22

³⁸⁶ « *Les bulles pontificales Sublimus Dei (29 mai 1537) et Veritas ipsa du pape Paul III (2 juin 1537) condamnent l'esclavage des Amérindiens ainsi que* « toute mise en doute de la pleine humanité de ceux-ci » , ou de « tout autre peuple qui pourrait être découvert dans l'avenir » . » Voir à ce propos le site Africa Ciel !! *L'Afrique en mouvement. Histoire de l'esclavage*, citant lui-même Christian Delacampagne, *Histoire de l'esclavage. De l'Antiquité à nos jours*, Le livre de poche, Paris, 2002 , p.144.

d'écrire ici l'historique de l'esclavage noir, en dépit des liens qui existent avec la marine et le droit. Quelques lignes suffiront. Il semble qu'un commerce, incluant la vente ou le troc d'hommes captifs, ait existé de manière immémoriale en Afrique. Il restait cependant limité jusqu'à l'arrivée des Européens. « *Jusque là, depuis des siècles, des Africains sont emmenés à travers le Sahara vers les pays du monde arabe, où ils deviennent domestiques, mais le voyage, long et coûteux, et la demande modeste limitent le prélèvement sur les populations africaines*³⁸⁷ ». La lutte du droit contre l'esclavage est ancienne et bien antérieure aux mesures officielles d'abolition. Le droit français s'y est distingué. « *Louis X le Hutin, roi de France, publie un édit le 3 juillet 1315 qui affirme que « selon le droit de nature, chacun doit naître franc (libre) ».* Officiellement, depuis cette date, « *le sol de France affranchit l'esclave qui le touche*³⁸⁸ ». » Le principe, à n'en pas douter, n'a pas valu, plus tard, pour « *les Isles* ». Mais le sens de giration du « *commerce triangulaire* » français sera tel qu'aucun navire ayant un esclave à bord n'entrera dans un port européen de la France. La première abolition sera pareillement le fait de la France et l'œuvre de la Convention le 4 février 1794.

Plus tard, la colonisation par les puissances européennes de la quasi-totalité de l'Afrique y transportera l'interdiction de l'esclavage avec, ici et là, de farouches résistances de potentats locaux. Les colonisateurs, en revanche, y imposeront parfois le travail obligatoire et cela dans de pénibles conditions. Ce sera le cas de Léopold II, maître du Congo Belge. « *Mais il faut aussi rappeler qu'en arrivant sur ce territoire, les Belges avaient combattu et neutralisé les négriers arabes qui y opéraient depuis des siècles en accord avec les souverains indigènes*³⁸⁹. »

Il semblerait que, quelques temps après les indépendances, un mouvement de renaissance de l'esclavage noir soit apparu. Il sévirait en Mauritanie à l'endroit de Noirs non musulmans malgré son officielle abolition – la dernière en date – en 1981³⁹⁰. « *L'esclavage réapparaît actuellement au Soudan. Les Musulmans du nord ont rétabli la Charia lors de la décolonisation et l'appliquent de force aux noirs chrétiens et animistes du sud (...) les forces gouvernementales (...) continuent à y enlever de nombreux enfants pour les convertir à l'islam et les utiliser comme esclaves à Khartoum*³⁹¹ ». En 2000, l'UNICEF estimait que 200 000 enfants étaient retenus en esclavage en Afrique centrale et occidentale.

³⁸⁷ Site Africa Ciel !! L'Afrique en mouvement. Histoire de l'esclavage, ibid.

³⁸⁸ Il faut peut-être préciser que ceux qui étaient concernés en 1315 par l'état de servitude eurent à s'acquitter d'un droit pour en sortir.

³⁸⁹ Site Africa Ciel !! L'Afrique en mouvement, Op. cit.

³⁹⁰ Abolition restée sans effets. Un nouveau texte plus ferme du 8 août 2007 a été voté.

³⁹¹ Site Africa Ciel !! L'Afrique en mouvement, op. cit.

La chose a paru suffisamment significative pour que, le 7 décembre 1982, la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer, s'en soucie. Ainsi l'article 99 de la Convention précise-t-il que « *Tout Etat prend des mesures efficaces pour prévenir et réprimer le transport d'esclaves par les navires autorisés à battre son pavillon et pour prévenir l'usurpation de son pavillon à cette fin. Tout esclave qui se réfugie sur un navire, quel que soit son pavillon, est libre ipso facto* ». Une troublante proximité qui surgit entre un honorable navire et la « *terre de France* », en 1315, aux yeux de Louis X le Hutin.

Il faut considérer que le *commerce du bois d'ébène* est un épisode de l'histoire internationale de la mer. Une parenthèse.

La course à l'hégémonie maritime est donc lancée dès le XVI^e siècle. Après l'Espagne et le Portugal, viendra le tour de la Hollande : elle possède, au début du XVII^e siècle, la flotte marchande de loin la plus puissante d'Europe, occupant ainsi la première place du commerce maritime international³⁹² et contrôlant le marché colonial à partir de nombreux comptoirs disséminés sur les littoraux de l'Asie et de l'Extrême-Orient. Au XVIII^e siècle, l'Angleterre et la France également vont se constituer leur empire colonial et se lancer dans un important commerce maritime.

Il faut préciser qu'à cette époque aussi, la pêche maritime représente un atout majeur ; les produits de la pêche sont directement salés sur les navires, afin d'être conservés puis revendus ; les Anglais par exemple pratiquent la pêche à la morue au large de l'Écosse et de l'Islande et plus tard à Terre-neuve³⁹³. Les Espagnols, Portugais et Français³⁹⁴ suivront.

Les enjeux commerciaux et militaires que représente la domination des mers et donc le contrôle des routes commerciales reliant les colonies aux pays dont elles dépendent, vont rapidement être sources de conflits, provoquant des guerres sur mer entre les grandes puissances maritimes³⁹⁵ (Portugal, Espagne, Hollande, France, Angleterre). L'Angleterre va finir par ravir sa place à la Hollande, affirmant sa suprématie maritime à partir du XVIII^e siècle³⁹⁶. Les guerres sur les océans perdureront tout au long du siècle, opposant en particulier la France et l'Angleterre³⁹⁷.

³⁹² Sur ce point voir Peronnet M., *Le XVI^e siècle, 1492-1620*, op. cit., p.22

³⁹³ Sur ce point voir Villiers P. et Duteil J.-P., *L'Europe, la mer et les colonies XVIIe-XVIIIe siècle*, Ed. Hachette supérieur, Paris 1997, p. 16 et s.

³⁹⁴ Ibid., p. 39

³⁹⁵ Ibid., p.28-69

³⁹⁶ Sur ce point voir Odier F., Poulizac Y., Rémond-Gouilloud M., *Histoire de la marine marchande*, in encyclopédie universalis

³⁹⁷ Sur ce point voir Villiers P. et Duteil J.-P., *L'Europe, la mer et les colonies XVIIe-XVIIIe siècle*, op. cit., p. 237

Au XVIII^e siècle, la marine marchande française compte plus de 3 000 navires qui assurent un commerce lucratif avec l’Afrique, l’Amérique et les Indes. Le volume du commerce extérieur français double en un siècle entraîné par le développement du transport maritime. La construction navale en elle-même ne connaît pas de progrès significatifs mais l’organisation financière liée aux transports maritimes se perfectionne : leur coût baisse, et le recours à l’assurance maritime est de plus en plus fréquent.

Dès la chute de Napoléon en 1815, l’Angleterre devient maîtresse des mers, elle possède alors à elle seule un tiers de la marine marchande mondiale³⁹⁸. Au XIX^e siècle, l’Europe domine, assurant 66 % du commerce mondial. L’ouverture du canal de Suez aura le plus grand impact, les transports maritimes entre l’Europe et l’Asie se trouvant particulièrement facilités³⁹⁹. Dès le milieu du XIX^e siècle, des progrès considérables vont être faits en matière de navigation maritime, ainsi « *L’utilisation de la houille bouleverse les données du commerce maritime. Il s’agit alors de révolution : l’aléa qui pesait sur chaque traversée du fait du caprice des vents disparaissait ; on pouvait désormais organiser des voyages d’une durée précise à date fixe : on pouvait prévoir. Aussi les lignes régulières se développèrent-elles rapidement. [De même] la vitesse des navires, ne dépendant plus de l’habileté du manœuvrier et de la surface de la voilure mais de la quantité de charbon brûlé (facteur extensible à volonté), augmentait considérablement. [...] la construction de coques en acier (en fer, pendant les premières années) rendit les navires plus solides, plus spacieux aussi. [Enfin] L’apparition de la propulsion à hélice représenta un nouveau progrès* »⁴⁰⁰.

Tous ces progrès vont stimuler les activités maritimes. Il n’est pas jusqu’au transport international de passagers dans des paquebots rapides et prestigieux qui ne se démocratise.

Le XX^e siècle sera marqué par deux guerres mondiales successives et avec elles par la perte d’un grand nombre de navires de commerce. L’après-guerre sera logiquement consacré à la reconstitution de la flotte. Le visage du transport maritime de passagers se transforme, les « [...] navires de ligne tendent à disparaître presque complètement [...] au profit des transbordeurs qui assurent le plus souvent des liaisons courtes »⁴⁰¹. Le transport par voie aérienne est privilégié.

La concurrence du transport aérien naissant ne sera pas non plus sans incidence sur le développement du transport maritime commercial. Pour lutter contre cette nouvelle concurrence, les compagnies maritimes vont progressivement et significativement accroître le

³⁹⁸ Sur ce point voir Odier F., Poulizac Y., Rémond-Gouilloud M., *Histoire de la marine marchande*, op. cit.

³⁹⁹ Source : Encarta 2006

⁴⁰⁰ Sur ce point voir Odier F., Poulizac Y., Rémond-Gouilloud M., *Histoire de la marine marchande*, op. cit.

⁴⁰¹ Ibid.

tonnage de leurs navires afin, notamment, d'abaisser les coûts des transports et donc leurs prix. Le visage du commerce maritime se transforme rapidement : son volume ne cessera de plus croître tout au long du XX^e siècle. Le monde maritime aspire dès lors à la mise en place d'un nouvel ordre maritime mondial. Des aménagements⁴⁰² permettront aux pays en voie de développement, qui estiment que l'organisation du transport maritime mondial est « [...] *trop imprégnée par les rapports de domination économique qui prévalaient avant leur accession à l'indépendance* »⁴⁰³, de participer de façon plus équitable à cette activité.

Aujourd'hui, la nature internationale de la vie maritime n'est plus à démontrer. Le perfectionnement des navires, le faible coût du transport maritime par rapport aux autres modes de transport, la mondialisation des échanges de marchandises le confirme ; ainsi 90 % des marchandises qui circulent aujourd'hui dans le monde ont transité par la mer. On estime à plus 7,4 milliards de tonnes⁴⁰⁴ la quantité de ces marchandises et ce chiffre ne cesse de s'accroître d'année en année.

Pour le commerce des mers, la mondialisation n'est pas un fait nouveau, tant il est vrai que très tôt dans l'Histoire de l'humanité cette activité fut internationale. Au fond, le droit maritime est l'enfant de l'histoire et de la géographie.

II. La vocation internationale du droit maritime manifeste dès ses origines

Pour mieux se persuader du caractère international du droit maritime, il suffirait de remarquer que les jalons de son parcours sont non seulement des dates mais aussi des lieux, des lieux semés sur la rose des vents. Le droit maritime inscrit son devenir, assez largement, sur le livre du monde⁴⁰⁵ – avec une encre qui résiste au temps. « [...] *le droit maritime reste tributaire du passé à un point qu'aucun autre groupe de règles juridiques (droit du travail, droit commercial, droit civil même) ne connaît au même degré.* »⁴⁰⁶ Le droit maritime est un droit voyageur à travers l'espace et le temps, telle coutume inspirant à distance un écrit législatif. L'histoire de ses sources (A) éclaire encore ici la notion de source (B).

⁴⁰² Notamment par le biais de conventions internationales adoptées sous l'égide de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, la CNUCED.

⁴⁰³ Odier F., Poulizac Y., Rémond-Gouilloud M., *Histoire de la marine marchande*, op. cit

⁴⁰⁴ Source CNUCED, Le commerce maritime international a progressé 4,3 % en 2006, selon l'étude sur les transports maritimes.

⁴⁰⁵ Cela reste vrai même si les premiers textes législatifs du droit maritime ont vu le jour en Europe.

⁴⁰⁶ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 4

A. Histoire des sources du droit maritime

Il est important de fixer l'histoire de ces sources. « *Dès l'origine, les contacts multiples entre les membres de la communauté maritime, la solidarité qui s'est créée entre eux, ont fait que les réglementations maritimes ont tendu à s'harmoniser et à s'unifier dans une dialectique permanente du national et de l'international.*⁴⁰⁷ »

Dans l'Antiquité par exemple, les Phéniciens, les Egyptiens, les Crétois, les Grecs, les Carthaginois – qui étaient de grands navigateurs - ont contribué à l'élaboration d'usages du commerce maritime. On peut citer, *les usages de Rhodes* qui prévoyaient que si un navire en péril devait sa sauvegarde au jet par-dessus de bord d'une partie de la cargaison, tous les intéressés à l'expédition devaient participer à l'indemnisation de la perte. Cet usage maritime connu sous le nom de la « *Lex Rhodia de jactu* » est l'ancêtre de l'actuelle contribution aux avaries communes.

Le Droit Maritime est – au Moyen Age et jusqu'à la fin du XVI^{ème} siècle - un droit universel : c'est le droit des gens de mer et il est à peu près le même d'un pays à l'autre. S'y trouvent représentés, peut-être même mêlés, les principales sources du droit : la coutume, donc recueillie par écrit, mâtinée d'inspirations religieuses, la jurisprudence et le texte de loi.

A l'origine cependant les textes médiévaux sont d'initiative locale et d'ambition limitée. « [...] *les villes maritimes se dotaient de coutumes locales qui n'avaient souvent pas d'autre prétention que de régler des points de détail, intéressant la police des ports et du commerce par mer ; ce sont ici des chartes de consulat, ici de petits codes. Le plus célèbre et le plus ancien : la Table d'Amalfi, datant du XI^e siècle, quand Amalfi était la plus riche des cités de l'Italie méridionale et assez puissante pour entretenir un comptoir à Jérusalem bien avant la première croisade.*⁴⁰⁸ »

Sur un plan plus vaste, on peut aussi citer *les Rôles d'Oléron* qui dateraient du XII^e siècle⁴⁰⁹, recueil d'actes de notoriété qui atteste de la jurisprudence maritime alors en vigueur sur les côtes françaises de l'Atlantique. Leur autorité s'étendit aux pays du nord. Ils furent par exemple adaptés en Zélande (province du sud-ouest des Pays-bas) sous le nom de *Lois de Westcapelle*, en Belgique sous le nom de *Jugements de Damme* ou en Suède dans les *Lois de*

⁴⁰⁷ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 10.

⁴⁰⁸ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 7

⁴⁰⁹ Divers auteurs les croient plus tardifs, peut-être du XIII^e siècle. René Rodière (op. cit. p. 7) « *écarte la fable de leur rédaction sous Aliénor d'Aquitaine* » mais souligne leur enracinement dans l'international : « *C'était sans doute un recueil de sentences rendues par la Cour d'Amirauté d'Oléron, lieu de rencontre de tous les navires anglais, flamands,, français, hanséatiques... qui emportaient le « claret » des rives d'Aquitaine vers l'Angleterre et les autres rivages de la Manche ou de la Mer du Nord.* »

Visby. On peut donc estimer que *les Rôles d'Oléron* sont la forme et le fondement d'un droit maritime européen de la façade atlantique.

A la même époque, *Le Consulat de la Mer*, se présente comme une compilation des usages du commerce maritime suivis dans la Méditerranée. « *Son succès fut immense ; au XVe siècle, les consuls des nombreuses villes maritimes de la Méditerranée devaient le jurer (à Saint-Jean-d'Acre, Majorque, Pise, Gênes, Marseille...)*⁴¹⁰ »

Le Consulat de la Mer, ni *les Rôles d'Oléron* n'ont qu'une portée créatrice très limitée. Leur rôle est de réunir, de clarifier, de classer. « *Ils ont codifié les coutumes maritimes de leur temps, coutumes qui s'étaient lentement dégagées à partir de règles recueillies du droit romain ou du droit byzantin, d'usages locaux, de jurisprudences nouvelles. Dans la formation de ces coutumes il faut aussi reconnaître un rôle, sans doute important, au droit musulman [...] nombre de chapitres du Consulat de la Mer en particulier sont repris des textes du droit musulman, qu'il s'agisse du droit de l'assistance maritime, celui de l'abordage ou de la « commande », forme première de la limitation de responsabilité des propriétaires de navires.*⁴¹¹ »

Au 16^{ème} siècle *le Guidon de la mer* – ce qui signifie *le petit guide de la mer* – paraît à Rouen. Il s'agit cette fois d'un ouvrage de doctrine qui donne des règles détaillées sur la pratique des assurances maritimes. La chose est intéressante à double titre : elle illustre l'ancienneté des assurances dans les activités de la mer, montrant comme nous l'avons vu, le rôle novateur du droit maritime et par ailleurs elle installe ici la doctrine en tant que *source* du droit, forme disponible du droit : *le Guidon de la mer* a connu semble-t-il influence et notoriété.

Peut-être est-ce pourtant la fin d'une période. Au XVII^e siècle, l'œuvre majeure qui suivra ne sera pas de création locale mais nationale : la première codification du droit maritime en France, l'*Ordonnance de la Marine de 1681*. Cette œuvre remarquable - que l'on doit à Colbert - traite tout à la fois du Droit public et du Droit privé. Ceci n'a en soi rien de surprenant puisque la séparation entre les deux branches n'était pas ressentie. Cette création d'Etat n'abolit certes pas l'internationalité du droit maritime. Le montre assez le vaste écho qu'elle a suscité non seulement dans les pays d'Europe mais aussi jusqu'aux Etats-Unis d'Amérique.⁴¹²

⁴¹⁰ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 7

⁴¹¹ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 10.

⁴¹² P. Bonassies écrit à la page 11 de son ouvrage déjà cité : *De cette dernière influence, on trouve encore des traces en droit contemporain, par exemple dans un arrêt du 17 avril 1961 de la Cour Suprême des Etats-Unis, se fondant expressément sur l'Ordonnance (Livre III, titre IV, article 1er) pour déclarer valable l'engagement*

Cette création de Colbert manifeste cependant, ne serait-ce qu'en sous-main, la volonté de l'Etat de contrôler directement les activités de la mer. Les législations nationales qui se multiplient partout dès le XVIII^e siècle se voudront proches de la tradition commune et l'aboliront toutefois par l'adoption de lois spécifiques à chaque Etat, le tout dans une logique de concurrence et de virtuels affrontements. « *Les révolutionnaires de l'An II manièrent la fêrule plus rudement. Marine de guerre et flotte du commerce vont de pair car celle-ci assiste celle-là d'abord par ses navires, ensuite parce que la Royale recrute dans la marine du commerce. Ce sont des préoccupations de défense nationale qui font naître l'état civil des navires et la tutelle protectrice de l'Etat sur les gens de mer.*⁴¹³ »

Pourtant ce relatif éclatement du droit maritime est gros de risques et d'ingérable complexité. Quelle règle appliquer lorsque deux bateaux battant pavillons différents se heurtent et se réfugient dans un port d'un pays tiers ? Or la quasi-totalité du commerce maritime d'un pays comme la France est du domaine de l'import-export. Le besoin de retrouver l'unité perdue du droit maritime apparut au XIX^e siècle et reste un souci d'aujourd'hui. Nous en reparlerons donc plus loin.

B. Un éclairage de terrain de la notion de source.

Les premiers textes connus du droit maritime ont la particularité de nous informer sur les sources de ce droit, dont ils procèdent ou dont ils témoignent, éclairant en passant la notion de *source* en général.

La première source est la coutume. Il se pourrait que le droit maritime permette de mieux situer, sur le plan le plus général, ce qu'est cette source du droit. Si l'on pouvait prendre à part ce qui, dans l'édification du droit maritime, appartient en propre à la coutume, et qui donc s'est bâti dans le premier silence des écrits, l'importance fondamentale de cette coutume apparaîtrait. « *La coutume est constituée (...) d'un élément matériel qui consiste dans la répétition constatée d'un comportement déterminé.*⁴¹⁴ » D'où vient-elle ? « *La coutume vient de la base, écrit Philippe Jestaz*⁴¹⁵. Pas sûr, même si *la base* est le dépositaire et le gardien. La coutume en vérité – l'étude des premiers écrits du droit maritime aiderait à l'apercevoir - vient d'une nuit de mémoires éteintes. Son origine est peut-être bien dans *l'ordre habituel* d'un chef qui ordonnait au fond des temps, *loi orale* si l'on veut, constitutive

verbal pris par un armateur au bénéfice de l'un de ses marins » [Kossick v. United Fruit, 1961, American Maritime Cases 833]

⁴¹³ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 9

⁴¹⁴ Aubert J.-L., *Introduction au droit*, op. cit. p. 49

⁴¹⁵ Jestaz Ph. *Les Sources du droit*, op. cit. p. 33

d'une pratique vivace. Son origine est, peut-être bien, dans une jurisprudence oubliée mais dont les effets sont persistants. Son origine, enfin, peut se trouver dans un usage à valeur pratique adoptée par le bon peuple et maintenu comme allant de soi. La coutume en droit, dirons-nous, c'est le chemin tracé dans l'herbe au gré de pas anciens. Son parcours, dès l'origine, était justifié sans doute ou du moins pertinent : les raisons (commodités, distance ou mitoyenneté) se distinguent toujours ou bien se sont perdues. Mais on l'emprunte par habitude en jugeant que c'est là *le chemin*. Qui voudrait sortir du chemin ? « *Quoi qu'il en soit, la coutume correspond à une conduite, dotée d'une signification juridique, et dont la nécessité et la portée sont spontanément reconnues par les sujets de droit, sans le secours d'un texte.*⁴¹⁶ »

Et la coutume ainsi définie sera le plus souvent circonscrite à une aire géographique limitée. La coutume est très ordinairement locale. Or le droit maritime et son élan vers l'international ne sauraient s'enfermer dans ce cadre étroit. Les marins de toujours et de partout se sont toujours rencontrés dans les ports de partout comme des sédentaires en place du marché. La coutume, en droit maritime, a le vaste champ de la mer et des rivages de la mer à visiter.

Il en va de même, et pour les mêmes raisons, de la jurisprudence - on pense aux *Rôles d'Oléron* – comme de la doctrine : on pense au *Guidon de la Mer*. Et toutes ces sources, à l'origine et à l'occasion sont éventuellement colorées par des apports religieux, lesquels aussi se jouent des frontières et des limites : aux apports sous-jacents de la foi vécue s'ajoutent en toute commodité, nous l'avons vu, des influences religieuses importées.

« *La jurisprudence joue en matière maritime un rôle identique à celui qu'elle a en droit commun* »⁴¹⁷ juge le professeur Bonassies. A cette différence à nouveau que la jurisprudence en droit maritime a le moyen, plus que d'autres domaines du droit, de se jouer des frontières. Il n'est pas rare « *en la matière de voir la doctrine se référer à la jurisprudence étrangère, en particulier aux décisions de la Chambre des Lords britannique, eu égard au caractère international du droit maritime. Il arrive même qu'une décision française fasse expressément référence à une décision étrangère (comme il arrive qu'une décision étrangère fasse référence à une jurisprudence française)*⁴¹⁸ »

Les usages sont une autre source du droit que nous n'avons pas examinée dans nos précédents développements, suivant en cela l'analyse du Professeur Jestaz qui, sous le nom de

⁴¹⁶ Aubert J.-L., op. cit., p. 49

⁴¹⁷ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 20

⁴¹⁸ Ibid.

« la pratique », leur dénie la vocation à l'autonomie – « *Quant à la pratique, écrit-il, elle sera selon les cas rattachée soit à une législation de caractère privé, soit à l'acte juridique des particuliers ou à la coutume*⁴¹⁹ ». Nous n'entamerons pas un débat dont la portée serait au demeurant modeste : il nous semble, au fond des temps, que de très vieux usages ont pu générer la coutume⁴²⁰. Aujourd'hui les usages sont principalement portuaires. Avec la coutume, ils ont en commun de fonder la règle de droit sur *l'habituel*. A rebours de la coutume, ils n'ont pas de caractère oral prépondérant, ne sont pas nécessairement tirés de temps immémoriaux, ne lient pas *tout un chacun* sur les chemins de tous les jours mais un petit peuple de spécialistes occupés de leur tâche. Ils ne seraient plus, pour l'essentiel, qu'une survivance. « *Le rôle des usages en matière maritime a sensiblement diminué depuis la promulgation, notamment dans le domaine des transports, de textes impératifs* », écrit P. Bonassies, lequel cite des usages du port de Marseille aujourd'hui caducs. « *Les usages conservent cependant un certain rôle, variable selon le secteur considéré : détermination du taux de la « freinte de route » en matière de transport ; calcul des staries en l'absence de stipulations contractuelles en matière d'affrètement ; répartition de certaines charges financières entre chargeurs et transporteurs*⁴²¹ ». Nous n'aurons pas à y revenir.

Il faut examiner le cas de la convention, *source* pleinement reconnue du droit. La convention, dans la sphère internationale du droit maritime a double vocation, liant tantôt des particuliers, tantôt des Etats. Nous n'avons jusqu'à présent considéré la convention que sous la forme de l'acte juridique des particuliers. Ce type de convention se réserve une grande place en droit maritime avec, par exemple, les divers types d'affrètements : affrètement au voyage, affrètement à temps, affrètement coque nue, conclus à partir d'une charte-type mais représentant, tels quels, ce dont les parties ont *convenu* (tel est, au demeurant, le sens du mot *convention*).

Le droit maritime conduit à rencontrer, sur un plan différent, les conventions internationales qui, en tant que telles, sont des contrats entre Etats qui peuvent relever du droit maritime ou du droit de la mer mais qui se singularisent dans les relations qu'ils entretiennent avec la loi proprement dite en tant qu'émanation de l'Etat. Dans un premier temps, ces conventions, comme l'acte juridique des particuliers, doivent se soumettre à la loi. « *Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation*

⁴¹⁹ Jestaz Ph. *Les Sources du droit*, op. cit. p. 27

⁴²⁰ On rappellera les *Usages de Rhodes*, à l'origine de la *Lex Rhodia de jactu*, donc du principe des avaries communes

⁴²¹ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 19

*internationale [...] ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi*⁴²²». Dès ratification, ces mêmes conventions deviennent la loi internationale et s'imposent à la loi. « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.*⁴²³ » Sur le principe, à l'instar de l'acte juridique des particuliers, ces conventions font la loi entre les parties. Leur champ d'application est de ce fait limité par le nombre d'Etats qui ratifient : ce qui génère à l'occasion certains désordres.

Il faut enfin reparler de la loi qu'il convient de regarder comme la source essentielle du droit mais qui, dans ses premiers états - dans le cadre du droit maritime un peu plus qu'ailleurs - peut bien n'être assez souvent qu'une rédaction de la coutume. Et nous tenons la loi pour chose écrite. « *Et pourquoi faudrait-il aussi que la loi fût un texte, par conséquent écrit ? Les tributaires du pouvoir n'ont pas toujours su lire ni écrire, ce qui ne les empêchait nullement de légiférer* » demande Philippe Jestaz⁴²⁴. Il nous semble, en toute respectueuse façon, que poser cette question c'est se tromper de terrain, c'est dériver du droit vers la sociologie. Car en droit la loi s'écrit pour recevoir une référence et pouvoir être désignée, pour qu'on en puisse témoigner. Sans doute aussi parce que « *Verba volant, scripta manent* » : la parole s'envole et demeure l'écrit. Nombre de lois sont la stabilisation plus assurée de la coutume avec un essai d'uniformisation. Le Code civil français naquit de ces soucis. La loi, portée par l'écrit, peut voyager : se répandre aussi loin que se doit. Le droit maritime avait, tout au plus, un moindre besoin de ce secours.

La place un peu plus exigüe de la loi dans le passé du droit maritime invite à faire raison d'une idée qu'on entend parfois : la loi commanderait tout. La loi serait en vérité l'unique source du droit. Le contenu de la coutume ne survivrait, perdant il est vrai son nom, que parce que la loi le consacre et l'adopte : une impression venue de la hiérarchie de Kelsen ? Le contraire est souvent vrai. Le droit maritime, avec une force particulière, en fournit la démonstration. La coutume est parfois la mère de la loi qui dès lors, longtemps, souvent, lui voue de l'obéissance ; et les lois maritimes ne sont pas en premier lieu des lois qu'on impose à la mer : elles sont venues de la mer.

La loi ne peut vivre aisément *contre* les gens, la coutume ou la morale acceptée. « *La question se pose de savoir si la désuétude de la loi – le fait qu'un texte ne soit pas appliqué et*

⁴²² Article 52 de la Constitution française

⁴²³ Article 55 de la Constitution française

⁴²⁴ Jestaz Ph. *Les Sources du droit*, op. cit. p.7

*se trouve écarté par d'autres pratiques devenues habituelles – n'est pas une cause d'abrogation. Tout dépend du rôle que l'on reconnaît à la coutume.*⁴²⁵ »

L'un des paradoxes en matière de droit maritime c'est que des textes pris sur un plan local, voire des lois nationales, ont pu couvrir spontanément de très vastes champs – prenant valeur internationale – alors que diverses lois *internationales*, diverses *Conventions* n'obtiennent pas toujours l'unanimité d'adhésion, générant même parfois la division. C'est ce que le droit maritime expérimente aujourd'hui.

⁴²⁵ Aubert J.-L., *Introduction au droit*, op. cit. p. 49.

On se permettra de rappeler à ce propos des dispositions de la loi du 26 brumaire an VIII qui précisent que « *Toute femme désirant s'habiller en homme doit se présenter à la Préfecture de police pour en obtenir l'autorisation* » et qui ont été modifiées par deux circulaires de 1892 et 1909 autorisant le port féminin du pantalon « *si la femme tient par la main un guidon de bicyclette ou les rênes d'un cheval.* » (article 3). Une proposition de loi, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 avril 2010 et visant l'abrogation de ce texte a été renvoyée à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.

Chapitre 2 : L'internationalité des sources du droit maritime : la réalité d'aujourd'hui

Le droit maritime aujourd'hui conserve évidemment sa vocation d'internationalité. Pourtant, paradoxalement, ce qu'il est convenu d'appeler la *mondialisation*, n'a pas sur lui que des effets bénéfiques. Il lui faut relever le défi de conditions parfois bouleversées (section 1). Dans ces nouvelles conditions mondiales, son action se développe à travers les obstacles et nonobstant de considérable façon (section 2).

Section 1 : Le bouleversement mondial un défi pour le droit maritime

Le droit maritime se heurte à des conditions changées. Les bouleversements que l'on peut constater sont liés de façon nette à tout un réseau de facteurs au nombre desquels on distinguera nettement la mainmise de l'économie sur le monde et l'importance des progrès techniques. Le XXe siècle, à la recherche de bénéfices et de puissance, aura connu que la première forme de la *mondialisation* fut la mondialisation de la guerre et, sur les cendres de deux incendies planétaires aux dizaines de millions de morts, il aura, faute d'un supplément d'âme, eu le bénéfice presque immédiat d'un supplément très impressionnant de moyens. Cette évolution – disons : ce bouleversement – se manifeste en un grand nombre de directions. Signalons ici celles qui, dans la foulée de ce que nous pourrions appeler *l'ébullition de l'économie*, se présentent pour le droit comme autant de difficiles défis : les catastrophes majeures (I) puis ce qu'il est convenu d'appeler *la crise* (II) et notamment la crise maritime internationale.

I. Les catastrophes maritimes majeures : un problème international.

L'opinion ne s'en doute pas toujours mais ces catastrophes absolues qui ont pour effet l'empoisonnement de la mer ont de multiples provenances (A). Indépendamment de la notion d'accident, toutes sont prévisibles (B).

A. Des catastrophes à plusieurs origines

Ces catastrophes sont en effet de plusieurs ordres et, pour une part nous les avons évoqués déjà. Force sera d'y revenir. Il s'agit d'une part des grands naufrages meurtriers, d'autre part des ruptures de coques des pétroliers géants provoquant des pollutions par hydrocarbures. A ces événements brutaux qui frappent l'opinion s'ajoute une autre forme de

catastrophes aux conséquences plus lourdes à n'en pas douter mais invisibles sur les écrans de télévision, silencieuses et diluées dans le quotidien : les dégazages en mer de pétroliers, les déchets déversés depuis le littoral. « *Les déchets déversés directement dans les mers contiennent des substances toxiques qui sont plus ou moins rapidement absorbées par les organismes marins. Ils forment également d'importants dépôts près des littoraux, qui entraînent une croissance excessive de certains organismes. Ces déchets proviennent de boues d'épuration, de résidus de dragage (essentiellement dans les ports et les estuaires), des graviers, du sable et de la vase, ainsi qu'une grande variété de substances toxiques, organiques ou chimiques*⁴²⁶ ».

B. La prévisibilité de ces catastrophes maritimes

Ces catastrophes sont essentiellement prévisibles. Les grandes catastrophes en mer qui ont marqué les décennies passées sont toutes consécutives à la focalisation sur la performance économique. Le *Titanic* qui fit périr en mer, en avril 1912 lors de son premier voyage, plus de 1500 passagers se rendant de Grande-Bretagne aux Etats- Unis, voulait battre un record qui lui vaudrait plus tard la préférence des clientèles fortunées : plus vite par plus court et par la route des icebergs. Sans doute est-ce la même dissolution de la raison dans l'avidité du plus gros gain qui explique, en septembre 2002, la catastrophe du *Joola*. Ce ferry, chargé de la navette entre Dakar et Ziguinchor en Casamance, était conçu pour le transport de 550 passagers. Il en contenait près de 2000. Le nombre précis des victimes – plus de 1500 dit-on – n'a jamais été divulgué. De très hauts intérêts se seraient trouvés compromis. L'ambition des pétroliers responsables de marées noires et de milieux marins pollués, d'oiseaux mazoutés – autrement dit la destruction de la faune et de la flore aussi bien sur les côtes que dans les fonds marins - c'était de gagner plus, plus vite, au moyen du plus grand, du moins cher : avec des équipages venus de la Tour de Babel mais payés chichement.

Tout cela, précisons-le, s'est déroulé sur fond de crise ; or la crise a tôt touché le monde de la mer et les séismes ci-dessus sont à situer dans une situation sismique générale.

II. Le caractère international des crises économiques

Depuis la fin, à l'aube des années 70, de la période de prospérité couramment désignée par l'expression *Les Trente Glorieuses*, le monde connaît une situation très récurrente de déséquilibres économiques dont les *chocs pétroliers* de 1973-74 et 1979-80

⁴²⁶ Source : Encarta 2006, article *Pollution de l'eau*.

pourraient être des manifestations autant que des causes. Si la situation qu'on appelle *la crise* est depuis lors un phénomène de semi-permanence, il n'en reste pas moins qu'elle se présente par vagues. Le monde maritime s'est trouvé aux premières loges. La crise économique advenue dès le début des années soixante-dix obéissait à des facteurs internationaux (A). L'actuel retour de la crise est un phénomène international à nouveau (B).

A. La situation de crise des années soixante-dix.

Si l'on veut donner la plus juste image de cette crise aiguë telle que le monde de la mer l'a ressentie dès la première moitié de la décennie 1970 / 80, le plus simple est de s'en remettre aux chiffres qui traduisent les désarmements de navires. Ces désarmements massifs ne donnent certes pas une image de ce que le droit maritime est devenu mais de la situation qu'il lui faut gérer. « *Les désarmements ont été très lourds. On a vu des navires quitter le chantier qui les avait construits pour aller, flambant neufs, se faire désarmer dans un fjord de Norvège (tel était le destin de l'Olympic Bravery quand il s'est échoué et brisé à Ouessant). Entre 1973 et 1978 le tonnage mondial désarmé est passé de 1 million à 57 millions de tonnes.*⁴²⁷ ». Le désarmement du navire est sa mise à l'écart, sans les agrès ni les *appareaux*, sans équipage évidemment ; c'est une attente des temps meilleurs. Mais les démolitions proprement dites ont augmenté de façon parallèle : « *Un peu moins de 900 000 tjb par trimestre en 1965 (...) 10 millions de tjb en 1978* »⁴²⁸. A la même époque, les chantiers navals, avec des carnets de commandes vides, ont un air sinistré.

Le second choc pétrolier (1979-1980) survient alors que les conséquences du premier ne sont pas résorbées. « *Le second choc vient briser la reprise économique qui s'annonçait. La croissance mondiale chute de 3,4 p. 100 en 1979 à 1 p. 100 en 1980 ; celle du commerce international de 6,1 p. 100 en 1979 à 3,2 p. 100 en 1980. Dans le même temps, l'inflation passe de 8,9 p. 100 à 11,5 p. 100 et les pays industrialisés comptent 23 millions de chômeurs en 1980*⁴²⁹ ». Le commerce maritime en est fortement affecté.

Était-ce là le plus gros creux de la vague ? Au moins pouvait-on le penser, lisant un document de la CNUCED daté de 2001. « *En 2000, la production mondiale a augmenté de 4% par rapport à 1999, ce qui constitue la plus forte progression enregistrée en dix ans ... L'accroissement du volume des exportations mondiales de marchandises a été de 11,9% contre 5% en 1999...Le trafic maritime international (s'agissant des marchandises chargées)*

⁴²⁷ Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 13

⁴²⁸ Ibid.

⁴²⁹ Encyclopédie Encarta 2006. Article *Chocs pétroliers*.

a augmenté en volume pour la quinzième année consécutive, atteignant le chiffre record de 5,88 milliards de tonnes...⁴³⁰ ». Une embellie considérable donc. Il reste que les chiffres mesurant le tonnage de la flotte mondiale apparaissaient, sinon déconnectés du moins fort distanciés, de ceux qui mesuraient l'activité économique : « *La flotte marchande mondiale s'est accrue de 1,2 % pour atteindre 808,4 millions de tonnes de port en lourd (tpl)*⁴³¹ .» Sans doute convient-il de garder dans l'esprit que la construction d'un nouveau navire engage beaucoup de temps, d'argent, que la guerre économique – il s'agit pour les opérateurs de *défendre* ou de *conquérir* des *parts de marché*, comme autrefois des territoires – est une guerre où les mouvements de troupes ont un caractère assez peu prévisible. Après quelques années d'une embellie qui, de la fin du XXe siècle aux débuts du XXIe, durera presque vingt ans, l'afflux des mises en chantier mettra la flotte internationale en situation de surcapacité !

Les hommes deviennent alors la *variable d'ajustement* la plus commode et, croit-on, la plus sûre et la plus immédiate en effets positifs. S'il s'agit de *faire* et de *gagner* plus avec moins, ce sera donc avec moins d'hommes d'abord. A la réduction des salaires, obtenue par le recrutement d'équipages aux exigences réduites, il faut alors ajouter la réduction des effectifs que le progrès technologique autorise aisément. C'est avec la vague peur d'une marine sans marins que le Doyen Rodière évoque le sort des hommes. « *Les hommes, enfin, sans qui rien ne marcherait. Les constatations ici sont attristantes. Le nombre des marins diminue au commerce* ». L'auteur distingue deux motifs : « *le gigantisme des navires est le premier ; le nombre des marins n'est pas proportionnel à la taille du bâtiment. Un pétrolier de 550 000 tdw n'aura pas besoin de plus de personnel qu'un pétrolier de 220 000 tdw et guère plus qu'un pétrolier de 30 000 tdw.* » L'autre cause est l'automatisation : « *Tout se fait en appuyant sur des boutons ou en lisant des indicateurs de téléjauges ou de pression* ». Dans ces conditions, les marins « *qui ne descendent jamais à terre* » auraient eux-mêmes toutes raisons de voir l'ennui tarir leur vocation : « *la vie des marins était dure et hasardeuse, mais variée et pittoresque : elle est devenue monotone.* » Le constat, donc, est sans appel : « *Les gens de mer étaient 30 000 en 1965 ; ils sont 23000 en 1979 pour une flotte trois fois plus grosse et le chiffre baisse encore*⁴³² ».

⁴³⁰ *Etude sur les transports maritimes 2001*. Rapport du secrétariat de la CNUCED, Nations Unies, New-York et Genève 2001. *Aperçu des principales tendances*. Introduction p. 10.

⁴³¹ Ibid.

⁴³² Pour l'ensemble des jugements cités dans ces lignes, voir Rodière R. *Le Droit maritime*, op. cit., p. 15 et 16.

Les chiffres, cette fois-ci européens, donnés par une communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 6 avril 2001⁴³³ confirment la tendance signalée ci-dessus, consolidant l'analyse du Doyen Rodière. « *Le nombre total de ressortissants de l'UE employés à bord de navires battant pavillon communautaire est actuellement de 120 000, chiffre en baisse de 40% par rapport à 1985, alors que le nombre de ressortissants de pays tiers employés à bord de navires de l'UE est passé de 29 000, en 1983, à 34 500 aujourd'hui. On estime que la pénurie d'officiers dans l'UE pourrait atteindre environ 13 000 postes en 2001, et 36 000 en 2006, situation encore aggravée par le problème du vieillissement de ces officiers. Plusieurs facteurs sociologiques ou financiers expliquent le manque d'attrait du métier pour les jeunes européens. Entre 1992 et 1999, le salaire mensuel moyen des gens de mer qualifiés a chuté de 53% pour les Allemands, de 51% pour les Belges, de 49% pour les Néerlandais, de 26% pour les Portugais et de 14% pour les Français*⁴³⁴ »

Dès 1979 donc, alors que le second choc pétrolier n'a pas encore produit ses effets, on dénombre une baisse des effectifs de l'ordre de 25%. Pour une flotte trois fois plus grosse ! Ceci pourrait conduire à penser que la cause *essentielle* d'une crise aiguë du monde maritime – et qui pousse sur le côté les hommes et les bâtiments – n'était pas, à l'origine, dans la baisse du trafic maritime. Du moins la baisse du trafic n'est-elle pas venue toute entière avant la mise à l'écart des hommes. Constatant la fonte des effectifs des gens de mer, le Doyen Rodière écrit : « *Les trafics atteignent des chiffres énormes* »⁴³⁵. Et les données qu'il fournit paraissent révélatrices⁴³⁶. Le désir de restreindre les *masses* salariales est certes en rapport avec la crise mais préexiste à cette crise et, pour une part sans doute, utilise cette crise pour asseoir une politique du plus fort profit. Laquelle politique – à trop courte vue – semble parfois se retourner contre ses promoteurs. La communication européenne ci-dessus souligne ainsi que « [...] *face à la concurrence accrue des pays tiers, plusieurs armateurs de l'UE ont*

⁴³³ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 6 avril 2001, sur la formation et le recrutement des gens de mer, COM (2001) 188 final - Non publié au Journal officiel.

⁴³⁴ Ibid

⁴³⁵ Rodière R, *Le droit maritime*, op. cit., p.14

⁴³⁶ Ces chiffres, fournis par le Doyen Rodière, datent de 1980 : « *Les trafics atteignent des chiffres énormes. Les hydrocarbures à eux seuls représentent 1 milliard 440 millions de tonnes métriques par an.* ». Un tableau des dix principaux Etats maritimes classés selon le tonnage de leurs flottes en millions de tonneaux de jauge brute (un tonneau représentant 100 pieds cube, un peu moins de 2 m³), montre au demeurant que les pays les plus richement dotés ne sont pas ceux qui ont le plus souffert. En 1955, un seul pays, les Etats-Unis d'Amérique, dépassait les 20 millions de tonneaux. Vingt-quatre ans plus tard, en 1979, huit pays sur dix dépassent ce seuil. Le Libéria s'installe en tête du classement, totalisant 81,5 millions de tonneaux. A la seconde place, le Japon possède 40 millions de tonneaux : il en possédait 3 millions en 1955. Dans le même espace de temps, la France est passée de 3,5 millions de tonneaux en 1955 à 10,7 millions de tonneaux en 1975 puis à 20 millions de tonneaux en 1979. (Rodière R, *ibid.*, p.11). Si en 1979 les Etats-Unis régressent de la première à la 9^e place c'est, précise l'auteur, « *parce que bien des capitaux américains sont investis au Panama et au Libéria* ». Raison du phénomène : « *La vérité est que les capitaux vont s'abriter derrière des pavillons qui coûtent moins cher* ». Le Torrey Canyon et l'Amocco Cadiz battaient pavillon libérien tous les deux.

*décidé de réduire leurs coûts, en enregistrant leur navire sous pavillons extracommunautaires ou sous des seconds registres, alors que dans le même temps, ils remplaçaient leurs marins communautaires par de la main-d'œuvre de pays tiers, aux coûts salariaux inférieurs. (...) Cette pénurie croissante de gens de mer pourrait avoir des conséquences dramatiques. D'abord, en terme de sécurité, lorsque 80% des accidents sont dus à des erreurs humaines et que le personnel des pays tiers est d'une manière générale moins bien formé que le personnel communautaire.*⁴³⁷ »

Il semble au demeurant que les chocs pétroliers (le premier marqué par une augmentation considérable du prix du brut, déclenché en bonne partie par les pays producteurs du Moyen-Orient, devrait s'analyser dans le contexte politique du conflit israélo-arabe) n'aient été que le révélateur d'un vertige économique avéré dont les déséquilibres latents se manifestaient déjà par d'autres symptômes et notamment les nettes tendances inflationnistes et la désorganisation du système monétaire international. S'agissant du secteur maritime, René Rodière distingue au nombre des causes, une fluctuation sans précédent des prix du transport par mer, très orientés vers la baisse⁴³⁸. Il se pourrait pourtant que cette considération ne soit qu'un chaînon bien difficile à situer dans l'engrenage des causes et des conséquences. La cause essentielle est peut-être à chercher dans la progressive installation de l'impératif économique, seul ou presque seul, au gouvernail de tout : l'économie planifiant à courte vue trop souvent.

L'embellie constatée ci-dessus par le témoignage de la CNUCED semblait devoir durer pour très longtemps. C'est ainsi qu'une récente note de synthèse de l'Institut Supérieur d'Economie Maritime de Nantes – Saint-Nazaire, décrit rétrospectivement les années suivant l'an 2000 comme « [...] une période fructueuse pour le shipping mondial marqué par une course à la capacité. L'optimisme général, conforté par des taux d'affrètement, parfois astronomiques, s'est traduit par des commandes dans tous les chantiers du monde...⁴³⁹ ».

L'espérance ardemment cultivée d'une croissance indéfinie des chiffres de l'économie, est-elle un chemin d'équilibre ou bien la voie du vertige ? Il ne nous appartient pas de répondre. Mais la pensée que l'embellie qui suivit l'an 2000 allait durer très longtemps fut, quant à elle, une illusion.

⁴³⁷ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 6 avril 2001, op. cit.

⁴³⁸ Rodière R, *Le droit maritime*, op. cit., p.13 et 14

⁴³⁹ Note de synthèse n° 120 de l'ISMAR, parue en décembre 2009 sous le titre « *La Crise maritime internationale* ».

B. L'actuel retour d'une situation de crise

L'actuelle survenue d'un nouvel épisode de crise est révélatrice à plusieurs égards : révélatrice de l'équilibre instable de constructions financières extrêmement spéculatives – on aperçoit que la gouvernance du monde aux mains de l'économie serait nerveuse et de faible sang froid - révélatrice aussi de la rapide façon dont le milieu maritime est affecté par les événements planétaires.

On parle – et l'image est explicite – « *d'éclatements de bulles* » comme, par exemple l'éclatement de la bulle immobilière américaine à l'occasion de la crise des *subprimes* en 2007. Puis de l'effondrement d'une grosse banque d'affaires – elle aussi américaine et très spéculative – à la façon d'un château de cartes⁴⁴⁰. Or là serait le facteur déclenchant de la vague de crise actuelle et qui nous submerge, entraînant dans ses remous des pans entiers de l'économie maritime. Les données ci-dessous proviennent de la note de synthèse de l'ISMAR, déjà citée, qui fait apparaître qu'en 2008 « [...] *la chute d'une banque d'affaires aura servi à déclencher une crise économique mondiale dont la répercussion rapide sur les industries maritimes a frappé les esprits. L'effondrement de la demande s'est traduit immédiatement sur les marchés maritimes alors même que la croissance de la décennie avait incité ses opérateurs à investir...* »⁴⁴¹ Conséquence internationale, constatée par la même note : « *La consommation planétaire s'est largement contractée* ». Ceci entraîne des effets très immédiats sur le transport maritime : « *Le conteneur affiche un repli de 15 à 30% alors que les véhicules neufs se situent aux alentours de moins 60%* »⁴⁴²

Une fiche sur la crise, éditée en janvier 2010 par les Armateurs de France, apporte une confirmation de ce qui précède: « *Conséquence de la crise financière de l'automne 2008, la crise économique que nous connaissons s'est traduite par une chute drastique des échanges mondiaux. Mécaniquement, le transport maritime a été frappé de plein fouet après deux décennies de croissance continue.* » Ce document précise par ailleurs que « [...] *plus que d'autres secteurs, le transport maritime amplifie les cycles économiques, à la baisse comme à la hausse.* »⁴⁴³

Si, comme nous l'avons pensé, la considérable baisse d'effectifs parmi les gens de mer est imputable au départ à des facteurs plus nombreux que ceux qui relèveraient d'une

⁴⁴⁰ La banque Bear Stearns, suite à des rumeurs sur l'insuffisante solidité de ses actifs, s'est trouvée submergée en 2008 par des clients souhaitant retirer précipitamment leurs dépôts.

⁴⁴¹ Note de synthèse de l'ISMAR, op. cit.

⁴⁴² Ibid.

⁴⁴³ Quelle crise pour le transport maritime, fiche éditée en janvier 2010 par les Armateurs de France. Elle s'achève sur une note discrète d'optimisme : « [...] *la reprise que ressentent déjà, en ce début 2010, certaines filières du secteur (...) est peut-être annonciatrice du retour de la croissance mondiale* ».

« *contraction du marché* », la baisse de la demande et la baisse du trafic, la baisse des effectifs aussi, sont aujourd'hui comme enchaînés dans un *cercle vicieux* dont les trop courts calculs de la politique et de l'économie déclenchèrent le mouvement – lequel soumet aujourd'hui l'activité maritime à ses effets pervers : « *A l'effondrement de la demande s'ajoute un phénomène propre à l'industrie maritime qu'est la surcapacité de la flotte mondiale dans tous les segments de spécialité. La demande de transport est faible et donc les prix baissent au nom de ce principe économique de base. Cependant, l'économie planétaire a besoin du transport maritime et celui-ci pour exister doit être rentable. Il faut donc des prix de transport "corrects". La difficulté de l'équation est la gestion par les armements de leur surcapacité qui accentue la baisse des prix*⁴⁴⁴ ».

On serait tenté de parler d'une situation singulièrement autobloquante et pour laquelle on n'aperçoit pas de solution sur le très court terme.

Or la loi de l'économie c'est, le plus souvent la loi du court terme, c'est la loi du profit pressant (« *time is money* » dit l'aphorisme anglo-saxon : le temps c'est de l'argent). La guerre économique est pressée qui réfléchit sur la donne immédiate. Elle observe, selon l'adage, que *le mieux est l'ennemi du bien* : sur le plan du gain, le « *plus* » - sans autre considération – doit prévaloir sur le « *moins* ». Sur le plan de la stratégie qui examine un rapport entre la richesse produite et les moyens engagés, le « *plus* » doit procéder du « *moins* » : meilleurs profits, moindres dépens. Point n'est besoin de préciser que ceci n'est pas propre aux activités de la mer, dussent-elles y être particulièrement sensibles. C'est de générale façon, du fait de la montée en puissance des impératifs économiques et du fait de la mondialisation de l'économie, qu'on licencie du personnel, qu'on ferme ou délocalise des entreprises qui ont permis de gagner de l'argent – voire beaucoup d'argent – parce qu'il apparaît qu'ailleurs d'autres lois, d'autres usages, en feraient gagner plus en permettant de payer moins d'autres hommes. On recherche ainsi l'augmentation du bénéfice au moyen de la baisse des frais, de l'économie de temps. Du coup, l'argent qui n'est pas gagné se ressent comme un argent perdu. La mécanisation ne se contente pas d'économiser la fatigue des bras mais rend bien des bras inutiles et le chômage s'en suit. La concurrence, aujourd'hui *mondialisée*, de la main d'œuvre à bon marché - concurrence si sensible à la mer - est à l'origine des problèmes humains, juridiques et moraux qui s'attachent à de vastes mouvements de migrations. Les feux vifs de la concurrence en général assèchent, par ailleurs, les possibilités d'une plus généreuse équité. La *croissance* est le seul remède qu'on aperçoive.

⁴⁴⁴ Note de synthèse n° 120 de l'ISMAR, op. cit.

Elle est difficile ; elle est indispensable et faute d'elle - assure-t-on par image – on tombe : à la façon d'un vélo ralenti. Pas d'autres solutions. La croissance à tout crin. Serait-ce une solution mortelle au demeurant, qui épuiserait les ressources et menacerait, par la pollution, divers équilibres de la planète ? Il semble que les décideurs, pris à la gorge, hésitent à se poser la question. Les décisions de l'économie se prennent le plus souvent, disions-nous, sur le très court terme et donc... « *on verra bien* ». L'intérêt des hommes – et notamment des hommes de demain – passe alors en second. Mais quel recours ? Quel droit vivra qui guérira ceci ?

Les réponses du droit – dût-on distinguer des insuffisances - ont été remarquables en volume autant qu'en variété. Cela suffira-t-il ? A tout le moins le droit maritime, en cousinage avec le droit de la mer, a-t-il tâché de dire et de réinventer le droit pour l'équilibre et la préservation d'un monde de la mer (et peut-être tout simplement *d'un monde*) aux références bouleversées. Mais la production de normes, aussi ajustées fussent-elles aux besoins, ne produit de bons effets qu'à concurrence de leur mise en œuvre au plus large plan.

Section 2 : L'action du droit dans les nouvelles données internationales

Dans ce volet d'une réflexion consacrée au droit maritime, il nous faudra faire une place au droit de la mer tant il est vrai que leurs domaines, évidemment distincts sont, à certains égards interdépendants. Nous aurons à examiner les moyens du droit (I), les grandes lignes de l'action du droit (II), les problèmes et les difficultés du droit maritime (III).

I. Les moyens du droit.

Les moyens dont dispose le droit maritime pour être et se manifester reposent sur deux pôles successifs : les moyens de production de normes (A) puis, en aval, les moyens de la mise en œuvre et du jugement (B).

A. Les moyens de production de normes.

Sans revenir sur ce que nous avons aperçu, déjà, des particularités qui marquent les sources du droit maritime, on retiendra que deux niveaux de production de normes coexistent et sont susceptibles de se chevaucher : le plan national et le plan international. A quoi s'ajoute aujourd'hui – nous y reviendrons plus loin – le pôle européen, d'une indubitable singularité mais devenu très audible aux plans de l'Europe et du monde.

- D'abord le plan national. Il est aujourd'hui courant que les Etats de droit légiféré, même enclavés, disposent d'une législation maritime ou même d'un Code maritime ou d'un Code de commerce maritime. « *C'est ainsi que la Suisse s'est dotée dès 1941 d'un ensemble de lois maritimes, remplacées en 1957 par un Code sur la navigation maritime*⁴⁴⁵ » En revanche, le droit maritime des pays de *common law* repose essentiellement sur la jurisprudence. Il reste que des Etats comme la Grande-Bretagne font entrer dans leur législation écrite un bon nombre de conventions internationales ratifiées par eux.

La France, comme nous l'avons vu, s'enorgueillit de l'Ordonnance de la Marine, œuvre de Colbert⁴⁴⁶ datant de 1681. Son influence sera considérable en Europe, où elle inspirera d'autres codes nationaux, mais même au-delà. Largement intégrée dans le Code de commerce à l'époque napoléonienne, l'Ordonnance a survécu par fragments dans la législation française jusqu'à l'abrogation de 2006⁴⁴⁷.

Il semble que les deux codes datant de 1926 – le Code du travail maritime et le Code disciplinaire et pénal de la Marine marchande – auront une moindre puissance de pérennité que l'œuvre de Colbert. « *Les spécialistes des questions que régissent ces deux codes considèrent, pour le premier qu'il « ne peut plus être lu seul, sans l'aide du Code du travail », pour le second « qu'il aurait besoin d'une saine réforme de fond*⁴⁴⁸ ».

Un considérable travail de remise à jour du droit maritime a été conduit en France de 1966 à 1970, sous la direction du Doyen Rodière. En outre la propension de la France à conformer sa loi interne avec les conventions internationales maritimes ratifiées par elle, est un facteur de révision des textes.

On relèvera de plus que, loin d'être *indépendant*, le droit maritime est à rattacher d'abondante manière à d'autres branches du droit. : « *[...] les principaux textes de droit interne qui constituent le droit maritime en vigueur peuvent être rattachés aux grands domaines du droit : droit commercial, droit des assurances, droit du travail, droit pénal*⁴⁴⁹ ».

- L'autre niveau traditionnel de production de normes est international.

Il est à remarquer que les premiers travaux qui se soient donné pour objectif d'unifier le droit maritime à l'échelle internationale, ont à se mettre au compte d'associations privées.

⁴⁴⁵ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 17.

⁴⁴⁶ Mme De Cet Bertin (op. cit., p. 24) donne par ailleurs le nom de Bonaventure de Foucroy, chargé par Colbert de la rédaction de cette Ordonnance de la Marine.

⁴⁴⁷ Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, JORF n°95 du 22 avril 2006, p.6024

⁴⁴⁸ De Cet Bertin C., *Introduction au droit maritime*, op. cit. p. 26, citant P. Chaumette et Y. Tassel.

⁴⁴⁹ Ibid. On trouvera à la page 27 de l'ouvrage une liste de textes classés par référence à ces filiations.

La première de ces associations, l'*International Law Association*, créée en 1873, est à l'origine d'un corpus de règles contractuelles, les *Règles d'York et d'Anvers* adoptées en 1890 et plusieurs fois remaniées⁴⁵⁰. Ces règles, destinées à réorganiser dans le sens d'une plus grande rigueur l'institution des avaries communes, ont eu un retentissement considérable : elles ont toujours leur place aujourd'hui dans la plupart des contrats d'affrètement comme dans les contrats de transport maritime.

L'œuvre d'une seconde association, le *Comité Maritime International* (CMI) marquera durablement le droit maritime international. Cet organisme de droit privé, créé en Belgique dans les dernières années du XIXe siècle et regroupant des professionnels de la mer et des juristes de diverses nationalités, obtiendra que son action soit relayée par le gouvernement belge auprès des Etats. Entre 1897 date de son entrée en action et 1967⁴⁵¹, le *Comité Maritime International* aura la maîtrise d'œuvre d'un grand nombre de conventions dont l'une des plus importantes est peut-être la *Convention de Bruxelles* du 25 août 1924 portant sur les transports maritimes par connaissance⁴⁵². Elle a été progressivement ratifiée par toutes les grandes puissances maritimes⁴⁵³.

Le *Comité Maritime International* a relayé sur plusieurs plans l'action de l'*International Law Association*. Ces deux associations existent encore aujourd'hui, poursuivant dans un rôle d'expertise et de conseil le même but d'unification du droit maritime.

La *source légale* du droit maritime international est entre les mains, désormais, de plusieurs institutions internationales relevant de l'Organisation de Nations Unies. Contentons-nous de citer, dans l'ordre chronologique de leur apparition, ces institutions dont nous aurons à reparler : l'Organisation Maritime Consultative Internationale (OMCI) qui deviendra l'Organisation Maritime Internationale (OMI), la Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement (CNUCED) et la Conférence des Nations Unies sur le Droit Commercial International (CNUDCI).

⁴⁵⁰ Elles se présentent actuellement comme étant les *Règles d'York et d'Anvers 2004*.

⁴⁵¹ En 1967 le naufrage du *Torrey Canyon* consacra l'OMCI / OMI. En 1967 est aussi adoptée, sous l'égide du CMI : la Convention pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes.

⁴⁵² Pour consulter le texte de cette convention, voir la loi du 9 avril 1936 portant approbation de la convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, signée à Bruxelles le 25 août 1924, JORF du 11 avril 1936 p. 4003

⁴⁵³ Tel n'est pas le cas de sa réactualisation par un protocole du 25 février 1968 (les *Règles de Visby* qu'on se gardera de confondre avec les *Lois de Visby* qui furent, au XIIIe siècle, un aménagement suédois des *Rôles d'Oléron*). La convention de 1924 est de la sorte appliquée... sous deux formes différentes à l'échelle du monde.

Il est donc possible de songer que l'unification du droit maritime international est en chemin. « *Dans l'état actuel de l'ordre international, le droit maritime fait figure de modèle de ce point de vue*⁴⁵⁴ ». Les difficultés ne sont toutefois pas résolues.

B. Les moyens de la mise en œuvre et les instances du jugement maritime.

Tel est l'autre volet des moyens du droit. Toutefois, nous n'évoquerons pas ici, dans un souci de concision, l'ensemble des instances ou des dispositions administratives (et notamment françaises) en charge de la mise en œuvre du droit : ni – à défaut d'un Ministère de la Mer – les services centraux comme le *Comité interministériel de la mer*, ni le *Secrétariat général de la mer* ni les différents conseils comme le *Conseil supérieur de la marine marchande*, ni le rôle des préfets maritimes ou le régime des ports. Nous nous bornerons à apercevoir les institutions qui rendent un jugement en réunissant les tribunaux d'abord et l'arbitrage ensuite – à ce dernier niveau se retrouvera la dichotomie fondamentale entre le national et l'international. Au-delà d'un rôle de compte-rendu, les paragraphes qui suivent auront à vérifier que la mise en œuvre du droit maritime - et du droit tout court – est chose complexe et malaisée, la clarté des principes étant en permanence combattue par l'inépuisable diversité des faits.

*

D'abord les tribunaux chargés des litiges privés. Le droit maritime était d'origine aperçu comme une branche du droit commercial. Par voie d'effet, ce sont les tribunaux de commerce – en principe au moins – qui ont compétence en ce domaine. Relèverait d'eux tout ce qui regarde la mise en œuvre d'un navire et de ses équipements (construction, achat, vente, affrètement), l'engagement comme la rémunération du personnel navigant, les emprunts, les contrats, les assurances et même, ainsi qu'il apparaît au deuxième alinéa de l'article L. 110-2 du Code de commerce, « *toutes expéditions maritimes* ». Tout, donc ?

Ceci nonobstant génère une situation de grande complexité nécessitant les fréquentes mises au point de la jurisprudence.

C'est ainsi que les litiges survenant en matière de contrats de travail de l'équipage ont été soustrait de la compétence du tribunal de commerce afin d'être attribués, non pas aux conseils de prud'hommes, mais aux tribunaux d'instance. Une loi du 31 décembre 1957, relative aux dommages occasionnés par un *véhicule*, enlevait toute compétence en ce domaine aux tribunaux administratifs pour confier cette compétence aux seuls tribunaux judiciaires.

⁴⁵⁴ De Cet Bertin C., *Introduction au droit maritime*, op. cit. p. 26

Faute de définition du mot *véhicule*, il apparut que les tribunaux de commerce étaient dessaisis de leur compétence traditionnelle en matière d'abordage. Or cette compétence leur fut conservée par un décret du 9 janvier 1960... à l'exclusion d'abordage engageant un navire de commerce et un navire d'Etat. « *Un arrêt de la Cour de Paris du 26 février 1963 a décidé que c'étaient les tribunaux civils qui étaient compétents pour statuer sur un abordage entre un bâtiment de guerre (l'escorteur d'escadre Surcouf) et un cargo, et non les tribunaux de commerce, lesquels n'avaient jamais été compétents à l'égard des « véhicules de l'administration »*⁴⁵⁵ »

De même, en dépit de la qualité d'acte de commerce reconnue, par le texte ci-dessus visé, à « *toutes expéditions maritimes* » quelles qu'elles soient, la Cour de cassation a-t-elle entrepris, dans des conditions qui font parfois débat, d'introduire des distinctions. « *Le critère de la navigation qui aurait pu être retenu comme étant caractéristique de l'expédition maritime, a été écarté au profit de celui du caractère civil ou commercial de l'activité pratiquée au moyen du navire en cause, autrement dit, celui du but de la navigation.*⁴⁵⁶ » Ceci concerne surtout la navigation de plaisance qu'un arrêt du 2 décembre 1965 exclut du champ de compétence d'un tribunal de commerce⁴⁵⁷. Ceci concerne aussi l'activité des marins pêcheurs qui pourrait être artisanale ou industrielle, la seconde seulement relevant de la compétence du tribunal de commerce. C'est pour n'avoir pas opéré cette distinction qu'un arrêt du 18 avril 1991 de la Cour d'appel de Rouen s'est trouvé sanctionné par un arrêt de la Cour de cassation du 18 janvier 1994⁴⁵⁸. On conviendra pour autant que l'établissement de différences définitives entre la pêche artisanale et la pêche industrielle est chose délicate : « *On peut craindre que la distinction ne soit malaisée à appliquer, même les artisans pêcheurs mettant aujourd'hui en œuvre un matériel important, à la différence du cordonnier sur la qualité duquel les juges s'étaient prononcés en 1909.*⁴⁵⁹ » Il semble également délicat d'abstraire certains artisans pêcheurs du cadre de la pêche commerciale alors qu'est regardée comme commerciale, au titre de l'article L931-1 du code rural et de la pêche maritime, « *Toute activité de pêche maritime pratiquée, à titre professionnel, à bord d'un navire et en vue de la commercialisation des produits, est réputée commerciale sauf lorsqu'elle est exercée à titre individuel sur des navires d'une longueur inférieure ou égale à douze mètres ou effectuant habituellement des sorties de moins de vingt-quatre heures* ».

⁴⁵⁵ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 76.

⁴⁵⁶ De Cet Bertin C., *Introduction au droit maritime*, op. cit. p. 37

⁴⁵⁷ Cass. Com. du 2 décembre 1965, arrêt *Navire Commandant Dupuis*, DMF 1966.139

⁴⁵⁸ Cass. Com du 18 janvier 1994, RTD com. 1994.233, note Derruppe

⁴⁵⁹ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 78.

L'arbitrage. Les précédents développements regardent la résolution de litiges privés⁴⁶⁰. Dans le même registre, il faut aussi faire une place à l'arbitrage, éventuellement international. Le recours à l'arbitrage n'est pas propre au droit maritime. Il est encouragé par l'article 1465⁴⁶¹ du nouveau Code de procédure civile (ex-article 1466⁴⁶²) qui, au nom du principe dit de *compétence-compétence*, assoit en droit le rôle de l'arbitre. Il reste que l'arbitrage occupe une place de choix dans le règlement du contentieux maritime⁴⁶³.

Il reste, pour finir, à dire un mot des institutions répressives en matière maritime.

Les mesures à prendre contre les manquements mineurs à la discipline du bord, que ceux-ci soient le fait d'un membre de l'équipage ou d'un passager, relèvent de l'autorité du capitaine et doivent être consignés sur le *livre de discipline* qui est tenu par ses soins. Les manquements graves sont soumis à l'administrateur des affaires maritimes.

D'un autre ordre sont les infractions pénales : les crimes (incluant la mutinerie), certains délits comme l'abandon du poste de garde ou l'ivresse pendant le quart et les fautes nautiques entraînant, à des degrés variables, des dommages au navire, à sa cargaison, ses passagers, relèvent des tribunaux de droit commun. « *Ce sont les tribunaux de droit commun (cour d'assises) qui demeurent compétents en matière de crime maritime, comme ils restent compétents pour les crimes de droit commun commis à bord (meurtre, assassinat, viol). Certains délits [...] demeurent également de la compétence des tribunaux de droit commun telle la tentative de contrebande, ou les vols commis à bord.*⁴⁶⁴ ».

Il faut enfin nommer le Tribunal maritime commercial, lequel est à plusieurs titres une juridiction particulière. Après la suppression en 1791 des *tribunaux d'amirauté* puis, en 1926, des *tribunaux maritimes* qui les avaient remplacés, les infractions maritimes relevèrent des juridictions de droit commun. C'est devant le mécontentement des marins que fut créé, le 29 juillet 1936, le *tribunal maritime commercial*.

⁴⁶⁰ Dans ce domaine encore, il faudrait peut-être citer pour anecdote la juridiction des prud'hommes pêcheurs de la Méditerranée, laquelle, composée de pêcheurs a compétence pour régler les litiges professionnels entre pêcheurs. « *Elle présente la particularité, unique en droit français, de statuer en dernier ressort absolu, sans aucun appel ou recours en cassation possible.* » V. Bonnassies P., Scapel Chr. *Droit maritime*, op. cit., p. 75.

⁴⁶¹ Article 1465 « *Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel* »

⁴⁶² Soulignons, en effet, et rapidement, mais nous aurons à y revenir dans de prochains développements, qu'un décret du 13 janvier 2011, qui est entré en vigueur le 1^{er} mai 2011, est venu réformer l'arbitrage. Comme le souligne Philippe Delebecque, Président de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, cette réforme modernise le droit de l'arbitrage, tant interne qu'international. Sur ces innovations voir La gazette de la chambre arbitrale de Paris, n°25, printemps 2011

⁴⁶³ Nous reviendrons plus longuement sur la place et le rôle de l'arbitrage dans le titre second de cette première partie.

⁴⁶⁴ Bonnassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 81

En dépit du qualificatif *commercial*, qui s'interprète comme une référence à la marine marchande, il s'agit d'une juridiction spécifiquement pénale, donc d'ordre public, à l'exclusion de toute action civile. « *Le tribunal maritime commercial est compétent pour statuer sur les infractions maritimes commises par les professionnels maritimes, capitaine et équipage. Il est aussi, dans certains cas, compétent à l'égard des passagers, par exemple en cas de troisième faute grave contre la discipline, ou d'usurpation de commandement. Il est également compétent à l'égard des plaisanciers, ainsi que l'a affirmé la Cour de cassation dans une décision du 10 mars 1966.*⁴⁶⁵ ». L'impossibilité de l'action civile et donc d'entendre la victime à titre connexe d'une infraction maritime (blessure infligée à un tiers etc.) comme par ailleurs diverses particularités procédurales, ont parfois fait qualifier le tribunal maritime commercial de « *tribunal d'exception* ». M. Rémond-Gouilloud estime ainsi que « *son histoire est celle du phénix. Périodiquement, les français le brûlent par hostilité pour un tribunal d'exception* »⁴⁶⁶. La réforme est en cours.

Les moyens du droit maritime, exposés de façon très allusive au fil des pages qui précèdent ne sont pas tous caractéristiques de cette branche du droit. L'étude des grandes lignes de son action récente aura pouvoir de mieux rendre compte de cette action telle qu'elle est menée dans le monde aujourd'hui.

II. Les grandes lignes de l'action du droit.

Il sera difficile, ici, de toujours dissocier ce qui appartient en propre au droit maritime, en tant que droit des activités déterminées par la mer, et ce qui appartient plus spécifiquement au droit public de la mer, déterminant les champs d'autorité qui s'exercent sur les espaces marins. Le droit de la mer, ici, retentit sur le droit maritime et, dans les quelques lignes ci-dessous, nous parlerons le plus souvent de *l'action du droit* qu'il s'agisse d'un travail de meilleure identification des domaines et des navires (A), que d'un travail de vigilance et de protection (B).

⁴⁶⁵ Ibid., p. 83.

⁴⁶⁶ M. Rémond – Gouilloud, *Droit Maritime*, op. cit., n° 197.

A. L'action du droit prend la forme d'un pilotage plus rigoureux de l'action commerciale en mer

Cette action passe par une responsabilisation plus pleine de chacun, par la clarification des données.

L'évolution du droit de la mer illustre cet effort de plus claire identification qui responsabilise chacun. C'est ainsi qu'en 1982, la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* encore appelée *Convention de Montego Bay*, redéfinit les diverses zones d'autorités : les eaux intérieures, les eaux territoriales (dont il est prévu que la largeur ne doit pas dépasser 12 milles marins), la zone contiguë qui prolonge les eaux territoriales (de telle façon que leur largeur totale ait à se contenir dans un maximum de 24 milles marins), la zone économique exclusive (ZEE) où « *les Etats riverains exercent des droits exclusifs d'exploitation des ressources de la mer, des fonds marins et du sous-sol marin*⁴⁶⁷ », le plateau continental, plateforme prolongeant le continent dont les dimensions géographiques ont un caractère éminemment variable et pour lequel la Convention fixe une largeur variant entre 200 mille et 350 milles marins. Les droits exclusifs des Etats, s'agissant du plateau continental, sont les mêmes que dans la ZEE, à l'exception de la pêche. Au-delà, se trouve la haute mer⁴⁶⁸.

La Convention fixe pour chaque zone, avec précision, les prérogatives et les obligations des Etats⁴⁶⁹ particulièrement en ce qui regarde le mouvement des navires étrangers. « *L'évolution des règles du droit de la mer a des conséquences très concrètes sur le statut juridique des navires ou de leurs équipages, que le navire se trouve dans une zone de souveraineté étatique ou dans une zone de souveraineté internationale*⁴⁷⁰ ».

On notera que si la liberté en haute mer n'est pas ouvertement remise en cause, elle est désormais règlementée dans l'esprit de responsabilisation dont nous parlions. « *D'une manière générale, le nouveau droit de la mer se marque par un affaiblissement de la liberté de la haute mer. A l'époque classique, époque que nous situerons de 1850 à 1930, en dehors des eaux territoriales, c'était le principe de la liberté des mers qui l'emportait (...) Le nouveau droit de la mer a d'abord restreint l'étendue territoriale de la haute mer, en accroissant les droits des Etats sur leurs eaux riveraines. Par ailleurs, il tend à règlementer*

⁴⁶⁷ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 43.

⁴⁶⁸ A cela s'ajoutent les Zones de Protection Ecologique (ZPE) prévues par la *Convention de Londres (ou Convention MARPOL 1973/1978)*. La France a créé une ZPE en Méditerranée (Loi n°2003-346 du 15 avril 2003, entrée en vigueur en 2004), zone dont les limites ont été fixées par entente avec d'autres Etats riverains : l'Espagne, l'Italie, Monaco et l'Algérie. Ceci permet aux patrouilleurs du service public d'intervenir bien au-delà des eaux territoriales et de dérouter vers un port français tout navire pollueur pris sur le fait.

⁴⁶⁹ Cette Convention de Montego Bay s'est trouvée ratifiée par la quasi-totalité des Etats maritimes, à la notable exception des Etats-Unis d'Amérique.

⁴⁷⁰ Bonassies P., Scapel Chr. *Droit maritime*, op. cit., p. 30

*l'usage de la haute mer, tandis qu'il confie la gestion de l'exploitation des grands fonds marin à une institution internationale*⁴⁷¹ ».

Une autre mesure de responsabilisation peut se découvrir dans une pleine individualisation du navire. « *Les éléments d'individualisation du navire sont : le nom, le port d'attache, la nationalité, le tonnage.*⁴⁷² ». Le nom du navire est inscrit à l'avant et à la poupe, le nom du port d'attache, à la poupe. La loi française stipule qu'un navire français doit avoir son port d'attache en France. Autre élément d'identification : la jauge ou tonnage du navire qui traduit en *tonneaux* le volume intérieur disponible⁴⁷³. La jauge d'un navire est un repère sur lequel se règlent le montant des droits portuaires, le plafond de la limitation de responsabilité, la mise en œuvre de tels ou tels règlements.

A cela s'ajoute le pavillon qui marque la nationalité du navire et place le navire, en haute mer, sous l'exclusive juridiction de tel ou tel Etat. Un navire français se trouve ainsi *francisé*. L'acte de francisation « La francisation confère au navire le droit de porter le pavillon de la République française avec les avantages qui s'y attachent »⁴⁷⁴.

Le navire est à inscrire en outre au bureau des douanes où sa fiche matricule est établie. Il doit encore être immatriculé auprès de l'administration des affaires maritimes où la conformité de sa construction aux normes en vigueur est contrôlée. Il doit enfin recevoir de l'OMI un numéro spécifique et servant à son identification.

La portée de la nationalité du navire est malheureusement tant soit peu battue en brèche par la prolifération des pavillons de complaisance qui permettent à des quantités croissantes de navires, au nom de considérations de profit maximum, de se placer légalement sur le bas-côté du droit. « *Les navires passés sous pavillon libérien ou sous pavillon des Bahamas n'ont pas à respecter en particulier la réglementation concernant la composition des équipages, les conditions de travail, le paiement des équipages, qu'imposent telles législations protectrices comme la législation américaine ou la législation française. Parfois aussi, les navires sous pavillon de libre immatriculation échappent aux contrôles de sécurité très stricts qui sont exercés dans les nations maritimes traditionnelles. Ceci explique le succès*

⁴⁷¹ Ibid.

⁴⁷² Article L 5111-1 du code des transports

⁴⁷³ On parle aujourd'hui plus officiellement d'unités de jauge. L'unité de jauge et le tonneau représentent à peu près le même volume (un peu moins de 2 m³), Source : Organisation Hydrographique Internationale, 1998, Dictionnaire hydrographique. Monaco, Org. Hydrogr. Int., Publ. Spéc., 32 : 282 p. (version française de la 5^{ème} édition), citée par le glossaire d'Ifremer, http://envlit.ifremer.fr/infos/glossaire/t/tonneau_de_jauge

⁴⁷⁴ Article 217 du code des douanes

*de la pratique, et que près de 50% de la flotte mondiale soit sous pavillon de libre immatriculation.*⁴⁷⁵ »

Le droit tente de réagir. Certains auteurs prennent leurs distances avec l'idée de la *nationalité* du navire. Cécile de Cet Bertin parle de « *leurre de la nationalité du navire* » citant l'arrêt Nottebohm de la Cour internationale de justice du 6 avril 1955 « *la nationalité est un lien juridique* » reposant sur « *une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiment, jointe à une réciprocité de droits et de devoirs.*⁴⁷⁶ » Elle estime que « *la nationalité du navire est une fiction utile à ce que le navire soit soumis à un ordre juridique national lorsqu'il se trouve, par sa navigation, dans une zone sur laquelle ne s'exerce aucune souveraineté c'est-à-dire en haute mer.*⁴⁷⁷ »

*

- Les mesures de responsabilisation voulues par le droit peuvent être difficiles à imposer. La situation créée par la prolifération des pavillons de *libre immatriculation*, dont on reconnaîtra les abus, porte en elle une indéniable charge conflictuelle⁴⁷⁸: protestations relayées par les syndicats et mouvements de grèves ont éclaté dans les pays de marine traditionnelle, aux intérêts lésés d'évidente façon par les contournements de ce qui se regardait comme étant la règle : il apparaissait que *les autres*, au prix du mépris, retenaient le travail et l'argent. Partie de bras de fer, ou partie de cache-cache, entre d'une part les milieux internationaux d'affaires – parfois soucieux de contourner, voire d'araser, les encombrements législatifs – et, d'autre part, le droit qui cherche à vivre en maintenant des équilibres. Le texte initial de la Convention de Genève sur la haute mer, du 29 avril 1958, instituant l'obligation d'un lien solide entre le navire et l'Etat qui lui accordait son pavillon, prévoyait que tout Etat tiers aurait, sinon, la latitude de refuser de reconnaître la nationalité dudit navire. Y eut-il trop de trop fortes pressions ? Toujours est-il qu'une rédaction plus lénifiante a vu le jour avant le vote et ne retint plus que l'obligation pour l'Etat qui accorde son pavillon d'exercer « *effectivement sa juridiction et son contrôle* ». On jugera que la formule est générale. « *Ainsi, alors même qu'un Etat ne saurait se désintéresser du navire auquel il a attribué son pavillon sans méconnaître ses obligations internationales, il demeure qu'il reste absolument libre des conditions de cette attribution, et que le pavillon attribué, sans que des conditions*

⁴⁷⁵ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 38.

⁴⁷⁶ Arrêt de la Cour de justice internationale du 6 avril 1955, Nottebohm, CIJ Rec. 1955,4, p.20 (références citées par l'auteur).

⁴⁷⁷ De Cet Bertin C., op. cit., p. 88 et 89.

⁴⁷⁸ On ne confondra pas les pavillons de complaisance avec les pavillons bis (v. le pavillon français des Kerguelen) ni avec le registre international français (RIF), créé par une loi du 3 mai 2005 sur le modèle des registres internationaux de l'Allemagne et du Danemark. A ce sujet v. Bonassies P., *Droit maritime*, p. 141- 143.

*rigoureuses soient exigées, est opposable aux Etats tiers*⁴⁷⁹ ». La Convention de Montego Bay, si elle est plus précise quant aux obligations des Etats qui attribuent leur pavillon, ne bouleverse rien sur le fond. Faut-il parler de défaite ou de recul du droit ? Outre que l'affaire n'est pas classée, nous retiendrons que le droit doit négocier des situations de force : une Convention – si bien négociée qu'elle fût – vaut aussi loin que les Etats la ratifient. Nous aurons à y revenir.

- Des mesures de responsabilisation sont encore à signaler qui sont plus particulièrement à l'usage des opérateurs du commerce maritime. Il nous est apparu, déjà, qu'il était à la fois pragmatique et indulgent, ne souhaitant pas ruiner ceux qui prenaient, pour le bénéfice de tous, le risque de la mer. Or, le temps passant, certaines indulgences ont pu paraître excessives. Nous apercevrons seulement, très courtement, deux cas qui ont pu paraître revêtir un caractère extrême : la limitation de responsabilité du transporteur, la limitation de responsabilité du propriétaire de navire.

Les transporteurs maritimes de marchandises ont pu limiter leur responsabilité de si diverses façons (mention « poids et quantité inconnus » portés sur le document relatif à la réception des marchandises, non responsabilité pour les fautes nautiques de l'équipage ou les fautes commerciales des préposés basés à terre, etc....) qu'à terme il n'y avait plus de responsabilité du tout ! C'est le principe de la *negligence clause*.⁴⁸⁰ L'abus devenait manifeste au moins dans le cas de transport sous connaissance (tant il est vrai que le mot lui-même indique que le transporteur connaît ce qu'il accepte de transporter). La correction qui oblige le transporteur à plus de responsabilité, fut le fait de l'Harter Act (du nom du sénateur américain qui le fit adopter dès 1893). L'Harter Act interdit d'inscrire aucune clause de non responsabilité dans un connaissance. Il ne concerne que les transports sous connaissance. Aujourd'hui, les textes définissent les obligations et des responsabilités des transporteurs. Le transporteur maritime de marchandises est tenu de faire diligence pour mettre son navire en état de navigabilité nautique. Il est tenu également de procéder de façon soigneuse au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde et au déchargement de la marchandise. En cas de perte ou dommages subi par la marchandise, il pèse sur le transporteur maritime une présomption de responsabilité. Cette présomption de responsabilité ne peut être combattue par la preuve de l'absence de faute. Nonobstant, le transporteur, peut

⁴⁷⁹ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 130 et 131

⁴⁸⁰ Les clauses connues sous le nom anglais de *negligence clauses* avaient pour effet final la totale mise hors de cause du transporteur maritime. Sur ce sujet v. Scapel C., *Droit Maritime*, p. 599.

rapporter la preuve que la perte ou le dommage provient d'une cause précise d'exonération appelée "cas excepté". La Convention de Bruxelles énumère dix-neuf cas exceptés, la loi française n'en prévoit que neuf. C'est le cas, par exemple, des fautes nautiques du capitaine, du pilote ou d'autres préposés du transporteur ; de l'incendie ; du vice propre de la marchandise ; de vices cachés du navire échappant à un examen vigilant pouvant le cas échéant conduire à l'innavigabilité de ce navire (et alors que le transporteur aura, sur ce plan, rempli ses obligations)⁴⁸¹. On pourra relever, le cas échéant que quelque chose de l'esprit des *negligence clauses*⁴⁸² semble ici conservé, même dans une situation de plus rigoureux encadrement. Le transporteur maritime de passagers est tenu de mettre et de conserver le navire en état de navigabilité, convenablement armé, équipé et approvisionné pour le voyage considéré et de faire toute diligence pour assurer la sécurité des passagers. En cas d'accident corporel, la victime doit apporter la preuve d'un manquement du transporteur. En cas d'accident majeur (naufrage, incendie etc.) une présomption de faute pèse sur le transporteur et la preuve de l'absence de faute lui incombe.

Ces mesures de responsabilisation ne sont, au fond, que des mesures de rationalisation. La responsabilité des transporteurs reste, dans tous les cas plafonnée, sauf faute intentionnelle ou inexcusable. L'Article 4 de la Convention de Londres du 19 novembre 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes vient préciser ces notions : « *Une personne responsable n'est pas en droit de limiter sa responsabilité s'il est prouvé que le dommage résulte de son fait ou de son omission personnels, commis avec l'intention de provoquer un tel dommage, ou commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement* ». On relèvera que l'article 58 de la loi française du 3 janvier 1967⁴⁸³ (visant le propriétaire de navire), relative au statut des navires et autres bâtiments de mer, s'énonçait déjà dans des termes similaires⁴⁸⁴. Un autre exemple de l'internationalité du

⁴⁸¹ Voir à ce sujet l'article 27 de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes (devenu l'article 5422-12 du code des transports).

⁴⁸² A ce sujet, voir Le Bayon A., *Dictionnaire de droit maritime*, op. cit., p. 176 : « *La Negligence clause est une disposition d'usage fréquent dans les chartes parties (affrètement), par laquelle le frèteur déclare qu'il ne sera pas responsable des dommages causés par le fait de ses préposés maritimes ou terrestres* »

⁴⁸³ Devenu article L5121-3 du code des transports : « *Les personnes mentionnées à l'article L5121-2 peuvent limiter leur responsabilité envers des cocontractants ou des tiers, même s'il s'agit de l'Etat, si les dommages se sont produits à bord du navire ou s'ils sont en relation directe avec la navigation ou l'utilisation du navire. Elles peuvent, dans les mêmes conditions, limiter leur responsabilité pour les mesures prises afin de prévenir ou de réduire les dommages mentionnés au premier alinéa, ou pour les dommages causés par ces mesures. Toutefois, elles ne sont pas en droit de limiter leur responsabilité s'il est prouvé que le dommage résulte de leur fait ou de leur omission personnels et qu'il a été commis avec l'intention de provoquer un tel dommage ou commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement* ».

⁴⁸⁴ L'ancien article 58, dernier alinéa de la loi française du 3 janvier 1967 relative au statut des navires et autres bâtiments de mer disposait que : « *Le propriétaire d'un navire. [...] n'est pas en droit de limiter sa responsabilité s'il est prouvé que le dommage résulte de son fait ou de son omission personnels, commis avec l'intention de*

droit maritime et de la concordance qui peut être recherchée, ici et là, entre les textes nationaux et internationaux.

Les propriétaires de navires⁴⁸⁵ ont pu, quant à eux, limiter leur responsabilité d'une façon qui surprend le droit commun : le propriétaire d'un navire, responsable d'un accident par le fait du capitaine ou de l'équipage et qui pouvait limiter sa responsabilité par l'abandon de son navire entre les mains de son créancier. Cette possibilité lui restait offerte au cas même où son navire avait sombré, par exemple à l'occasion d'un abordage avec un autre navire. Or l'éventuelle indemnité versée par une assurance était acquise au propriétaire et sans que les tiers puissent rien réclamer. Cette disposition n'était pas propre à la loi française. « *Ainsi, après le sinistre du Titanic, les ayants droit des victimes avaient dû se contenter d'exercer leurs droits sur les quelques embarcations de sauvetage qui avaient échappé au désastre*⁴⁸⁶ ».

Ce système est abandonné mais la responsabilité du propriétaire reste plafonnée, de façon proportionnelle au tonnage du navire fautif,⁴⁸⁷ « *la limitation n'étant exclue qu'en cas de faute très grave, la faute habituellement qualifiée de « faute inexcusable*⁴⁸⁸ » ».

B. Des impératifs de vigilance et de protection générale

Au-delà d'une tâche de clarification, de responsabilisation, l'action du droit répond à des impératifs de vigilance et de protection générale. Il faut sans doute convenir que les risques inhérents aux transports maritimes sont aujourd'hui moins nombreux : la *conteneurisation* les limite en ce qui concerne la marchandise et les progrès techniques sont un meilleur garant de sécurité ; le capitaine n'est plus seul mais relié au vaste monde habité par les nouveaux moyens de communication. Pour autant, ces risques sont plus graves et cela tient à la taille augmentée des navires, à la dangerosité des produits transportés. Bonne partie du travail de production de normes est d'ailleurs à mettre en rapport avec de précédentes catastrophes. Ayant à relever des défis nouveaux, le droit montre une volonté d'observer, de prendre en compte et de canaliser les forces en œuvre au sein du monde de la mer, tâchant de

provoquer un tel dommage ou commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement. »

⁴⁸⁵ La Convention de Londres du 19 novembre 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes précise que l'expression «propriétaire de navire» désigne le propriétaire, l'affréteur, l'armateur et l'armateur-gérant d'un navire de mer.

⁴⁸⁶ Bonassies P., Scapel Chr. *Droit maritime*, op. cit., p. 263

⁴⁸⁷ L'article 28 (devenu article L5422-13, alinéa 1^{er} du code des transports) de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes dispose que « La responsabilité du transporteur est limitée, pour les pertes ou dommages subis par les marchandises, aux montants fixés au a du paragraphe 5 de l'article 4 de la convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance signée à Bruxelles le 25 août 1924 modifiée».

⁴⁸⁸ Bonassies P., op. cit., p. 263

les contraindre à s'exercer dans le respect de la sécurité d'une part, et, d'autre part du respect de l'environnement.

Un premier volet de l'œuvre législative en vue de la protection, relève de l'organisation de la sécurité en mer. Elle est à mettre au compte de l'OMCI (Organisation Maritime Consultative Internationale) mise en place en 1958 sous l'égide des Nations Unies et qui devint l'OMI en 1979 (Organisation Maritime Internationale). L'OMI compte en son sein des comités spécialisés dont au moins deux se consacrent aux problèmes de la sécurité maritime :

- Le Comité de la Sécurité Maritime « [...] *qui a en charge tant la gestion des conventions sur la sécurité à la mer que la collecte de toutes informations concernant cette sécurité.* »

- Le Comité de la protection du milieu marin, créé en 1975.

Ces deux comités définissent ensemble deux volets essentiels des tâches de protection : la sécurité de la navigation, la protection du milieu marin contre les risques de pollution.

Les premières mesures relatives à la sécurité de la navigation sont antérieures à l'action de l'OMI / OMCI. Certaines des premières actions d'une certaine portée sont à mettre au bénéfice du Comité Maritime International (CMI). Cet organisme de droit privé, dont nous avons déjà parlé, créé en Belgique à la fin du XIXe siècle et relayé par le gouvernement belge est à l'origine de nombreuses réalisations comme deux conventions signées en 1910 et toutes les deux relatives à des questions concernant la sécurité, l'une portant sur l'abordage et l'autre sur l'assistance en mer.

De la même façon, la première des conventions SOLAS (*Security of Life at Sea*) - lesquelles sont aujourd'hui placées sous l'égide de l'OMI - date de 1929⁴⁸⁹. La seconde Convention était placée, en 1948, sous l'autorité du gouvernement britannique. La première Convention SOLAS placée sous l'autorité de l'OMI / OMCI date de 1960.

Une Convention SOLAS de 1974, organise les aspects techniques de la sécurité, détaillant « *les règles de construction des navires, les règles concernant les équipements de protection contre l'incendie, les engins de sauvetage, les équipements de radio-télégraphie et radio-téléphonie, les techniques de transport des matières dangereuses* » puis les « *règles internationales pour prévenir les abordages en mer* » (...) véritable Code de la route à la

⁴⁸⁹ Les travaux commencèrent à Londres en 1914, consécutivement au naufrage du *Titanic* : ils furent interrompus par la guerre.

*mer, établissant, par exemple, le principe de la priorité à droite, en mer comme à terre.*⁴⁹⁰ ».

Ce sont également des questions techniques qui sont abordées par une autre convention de l'OMI connue sous le nom de *Convention LL* (pour *Load Line*) dont la première mouture date de 1969. Elle « *établit les règles relatives au franc-bord qui garantissent une réserve suffisante de flottabilité selon la saison et la région fréquentées.*⁴⁹¹ »

Sur le plan technique, un navire est soumis à des contrôles par l'administration. C'est ainsi qu'une visite de mise en service est nécessaire à la délivrance des titres de sécurité. Une visite annuelle, sauf pour les petits bateaux de plaisance, est pareillement indispensable au renouvellement de ces titres. A cela s'ajoutent des contrôles très poussés par des sociétés privées de classification, agréées par les Etats au vu de leur compétence et de leur indépendance, et qui attribuent une cote au navire après vérification de son état général. « *D'abord évaluatrices des qualités techniques des navires, ces sociétés de classification sont devenues avec le temps des organismes de certification des navires.*⁴⁹² » Ces contrôles, qui ne paraissaient pas obligatoires, sont devenus rigoureusement indispensables ; ils sont exigés notamment par les compagnies d'assurances. La valeur juridique de la cote est par ailleurs importante dès lors qu'il s'agit de prouver l'état de sécurité du navire : sa situation irrégulière au regard de cette cote constitue une présomption d'innavigabilité⁴⁹³ ceci ressort d'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 novembre 1974⁴⁹⁴; et un armateur aggrave sa responsabilité en cas d'accident s'il n'a pas fait procéder à la classification⁴⁹⁵.

D'une façon différente et complémentaire, une Convention SOLAS de 1969, refondue en 1995, organise la sécurité à bord au plan des compétences, des formations, de la responsabilité des hommes. « *L'objet de cette convention est double. Il est d'une part de définir les connaissances minimales que les Etats signataires devront exiger pour la délivrance des brevets de capitaine, second ou officier mécanicien. Il est d'autre part de*

⁴⁹⁰ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 24.

⁴⁹¹ De Cet Bertin C., *Introduction au droit maritime*, op. cit., p. 104

⁴⁹² De Cet Bertin C., *ibid.*

⁴⁹³ Mettre son navire dans une situation de parfaite navigabilité est une obligation dans beaucoup de contrats maritimes. Rappelons par exemple que le fréteur, qu'il s'agisse d'un affrètement au voyage, à temps, coque nue, à une obligation de présenter un navire en bon état de navigabilité (articles 6, 19,25 du décret n° 66 - 1078 du 31 décembre 1966). Autre exemple, dans le cadre d'un transport de marchandises, le transporteur est également tenu de faire diligence enfin de mettre son navire en état de navigabilité (article 3 -1 de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 et article 21 de la loi n° 66 - 420 du 18 juin 1966).

⁴⁹⁴ Cass. Com., 20 novembre 1974, D.M.F. 75. 345

⁴⁹⁵ CA de Rennes, 18 fév. 1974, D.M.F. 1974.355

*prescrire les règles à suivre pour la veille à bord des navires (composition de l'équipage de quart, responsabilités fondamentales de chacun, règles de veille à la machine).*⁴⁹⁶ »

Un second volet de l'œuvre législative en vue de la protection se manifeste également dans le domaine, un peu plus nouveau mais si pressant, de la préservation de l'environnement : c'est d'ailleurs ce qui justifie l'existence du Comité de la protection du milieu marin, signalé plus haut.

Signalons d'abord les mesures prises, suite à l'échouage du *Torrey Canyon* en 1967 et la saisine de l'OMCI par les autorités britanniques⁴⁹⁷. L'intervention de l'OMCI « [...] aboutissait en 1969 à la signature de deux conventions internationales, l'une de droit public sur l'intervention en haute mer en cas d'accidents de pétroliers, l'autre, de droit privé, sur la responsabilité civile pour dommages dus à la pollution, textes doublés en 1971 par une Convention créant un fonds international d'indemnisation, le FIPOL.⁴⁹⁸ »

La Convention de Montego Bay sur le droit de la mer (1982) contient une disposition concernant la navigabilité des navires et dont l'incidence est directe sur la protection de l'environnement : « [...]les États, lorsqu'ils ont déterminé, sur demande ou de leur propre initiative, qu'un navire se trouvant dans un de leurs ports ou à une de leurs installations terminales au large a enfreint les règles et normes internationales applicables concernant la navigabilité des navires et risque de ce fait de causer des dommages au milieu marin, prennent, autant que faire se peut, des mesures administratives pour empêcher ce navire d'appareiller ». ⁴⁹⁹

De façon voisine, un principe de légitime défense écologique, inscrit dans la Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 sur l'intervention en haute mer - qui donne aux Etats l'autorisation d'intervenir au-delà de leur zone de souveraineté dans le cas de pollution par les hydrocarbures au large de leurs côtes – est un aménagement notable du principe de la liberté de la haute mer. Un protocole de 1973 est venu étendre les dispositions de cette convention à toute substance polluante.

⁴⁹⁶ Bonassies P., op. cit., p. 25.

⁴⁹⁷ L'accident du *Torrey Cayon* s'étant produit juste en dehors des eaux territoriales, les autorités britanniques, très hésitantes, avaient retardé leur intervention ce qui eut pour effet d'aggraver les conséquences. Le recours à l'OMCI, requise de dire et de préciser le droit, constitue l'un des jalons qui marquent le passage du droit maritime sous l'autorité des institutions internationales. Il marque aussi le début d'une transformation de l'OMCI qui n'avait qu'un rôle consultatif en raison d'inquiétudes commerciales exprimées à l'origine par les Etats scandinaves et... le Royaume-Uni.

⁴⁹⁸ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p.13

⁴⁹⁹ Article 219 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer / Convention de Montego Bay. Mesures de contrôle de la navigabilité visant à éviter la pollution.

La Convention MARPOL, également de 1973, interdit ou limite strictement, sauf cas de force majeure engageant la sécurité du navire et de ses passagers, le rejet d'hydrocarbures à la mer. Elle énonce des règles valant pour la construction des pétroliers.

Autre aménagement du principe de la liberté de la haute mer, et toujours motivé par le souci d'éviter les accidents en mer et les pollutions qu'ils peuvent occasionner : la création, qui relève de la compétence de l'OMI, de routes marines obligatoires dans les zones présentant des risques.

Signalons aussi que la Convention de Montego Bay dispose dans son article 136 que les grands fonds marins - situés au-delà de la limite externe des plateaux continentaux – sont le « *patrimoine commun de l'humanité* » : une façon de les soustraire à d'éventuels essais d'exploitations dévastatrices.

III. Les problèmes et difficultés du droit maritime.

On pourrait juger que ces problèmes et difficultés du droit maritime ont un visage pluriel : il lui devient, d'abord, plus difficile *d'être* en gardant sa pleine spécificité : faut-il s'en inquiéter (A) ? Le droit maritime a des difficultés de relais sur le terrain (B). Son internationalisme – ou plus exactement son internationalité – semblerait subir un effet de frein, du fait surtout d'autres difficultés qu'il conviendra d'apercevoir, quitte à les examiner plus tard et de plus précisément (C)

A. L'amointrissement de la spécificité du droit maritime

Doit-on tenir pour un problème un constat que l'on fait quelquefois d'une moindre spécificité du droit maritime ? Il semble assuré que le particularisme du droit maritime est affaibli. D'une part il se pourrait qu'un esprit se soit perdu. D'autre part il semblerait que l'écart avec le droit terrestre se réduise.

- Un esprit s'est peut-être perdu. Des dispositions trop éloignées des règles du droit terrestre ont bien du mal à subsister tant elles ont l'air étrange et non justifiées⁵⁰⁰. Les risques de la mer et la faute soudain survenue ne sont plus vécus de pareille façon, notamment par les pays de faible passé maritime, actifs au sein des organismes internationaux. Pierre Bonassies relève que « [...] *le particularisme du droit maritime a fait l'objet d'une critique*

⁵⁰⁰ Sa spécificité pourrait ne pas être assez mise en lumière. Il passe parfois pour « [...] *le droit des contradictions. Il ne peut en être autrement car, par son objet qui tient essentiellement aux lieux où s'exercent les activités qui justifient la réglementation, il demeure étrange. En définitive, le droit maritime doit éviter l'ignorance de sa spécificité* ». Y. Tassel, *Le droit maritime-Un anachronisme ?*, ADMO 1997, tome XV, Pédone, Paris 1997, p. 157.

*fondamentale dans les années 1960-1970, critique émanant des pays en voie de développement.*⁵⁰¹ » L'idée de la limitation de responsabilité leur faisait l'effet d'un refus de payer – parfois qualifié d'impérialiste. Ces mêmes pays se sont toutefois ravisés lorsque, s'étant constitué leur flotte, ils ont affronté le problème à leur tour : « [...] *Leur attitude à l'égard des règles spécifiques du droit maritime est aujourd'hui moins critique qu'elle ne l'était il y a quarante ans*⁵⁰² ».

Des règles aussi traditionnelles que l'assistance en mer peuvent à l'occasion trouver des difficultés d'application, liées à la prééminence des impératifs économiques. Ces règles ne sont pas remises en cause dans *la lettre*, elles seraient comme altérées cependant, dans *l'esprit*. Le règlement des frais d'assistance a - sans doute depuis toujours - pu provoquer des différends. Leur règlement deviendrait de plus en plus procédurier. De coupables refus de l'assistance en mer ont été signalés qui ne semblent pouvoir s'expliquer que par un désir de ne pas payer. Ce fut le cas pour l'Amoco Cadiz⁵⁰³

- L'écart semble aussi se réduire entre le droit terrestre et le droit maritime, mais ce n'est pas nécessairement du fait d'un repli du droit maritime. Le droit maritime - et nous en avons déjà rencontré des exemples - est un droit précurseur⁵⁰⁴ C'est ainsi - très précisément - que l'idée de la responsabilité limitée, parfois combattue dans la sphère du droit maritime ainsi que nous l'avons vu, s'est répandue dans le droit terrestre !

Le particularisme s'est affaibli dans le statut des gens de mer. Ainsi l'armateur ne peut plus licencier le capitaine à tout moment sans préavis, sans indemnité - bien que se soient maintenues, voire confirmées, les raisons qui justifiaient jadis ce pouvoir très expéditif : le prix très élevé du navire à lui confié par l'armateur et l'importance des dégâts que le commandement malavisé de ce navire aurait pouvoir de susciter. L'armateur peut toujours relever le capitaine de son commandement comme de son pouvoir de le représenter, mais le capitaine, outre une lettre et un entretien d'explications, peut prétendre à une indemnité de

⁵⁰¹ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 8

⁵⁰² Ibid. p. 9

⁵⁰³ « *En provenance du golfe Persique et se rendant à Rotterdam pour le compte de la société Shell, le supertanker Amoco Cadiz — qui appartient à la compagnie américaine Amoco, mais bat pavillon libérien — est jeté par la tempête, qui sévit dans la Manche, sur les côtes du Finistère au large de Portsall, le 16 mars 1978. Le naufrage provient, semble-t-il, d'une avarie de gouvernail, mais l'attitude du commandant du navire, qui a refusé jusqu'au bout d'être secouru par les remorqueurs français, contribue à transformer cet accident en une véritable catastrophe. En effet, si la marine nationale réussit à sauver les quarante-deux hommes d'équipage, les 220 000 t de pétrole brut transportées par le supertanker se déversent en revanche, poussées par la tempête, le long des 350 km de côtes bretonnes, jusque dans le Cotentin* » Encyclopédie Encarta 2006 Article « *Catastrophe de l'Amoco Cadiz* »

⁵⁰⁴ A ce sujet, voir Schadée R., « *La mer comme mère du droit* », in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, Paris 1981.

licenciement – l'idée de *licenciement abusif* semblant d'ailleurs estompée⁵⁰⁵. « *Au surplus, relevait déjà le Doyen Rodière, les conventions collectives qui concernent les différentes catégories de capitaines tendent également à supprimer le principe du libre congédiement.* ⁵⁰⁶ » Par ailleurs « *le contrat d'engagement d'un marin est soumis au contrôle de l'administration maritime, et le licenciement des marins est aujourd'hui fortement réglementé*⁵⁰⁷. » Sur ce plan très particulier, nous ne considérerons pas que la perte de spécificité du droit maritime soit un problème.

B. Les difficultés de relais du droit maritime sur le terrain.

Nous avons évoqué déjà la difficulté des compromis entre de puissants intérêts – ceux de la vie, parfois, contre ceux de l'argent. Nous avons alors vu l'action de forces déterminées.

Mais si la production de normes suffisantes est combattue par les pressions, les ratifications qui ne sont pas accordées aux conventions, les difficultés du droit, souvent, se poursuivent au-delà de l'adoption des textes. Or tout au long, cela concerne *le droit*. Les résistances sur le terrain, lorsque des intérêts d'argent sont en jeu, sont la règle et sont déterminées. Dans le domaine vital et relativement nouveau de la pollution marine, en dépit de quelques remarquables flagrants délits, la règle du *pas vu, pas pris* reste le cas général avec, notamment, les dégazages nocturnes et les camouflages divers. « *Le droit n'est pas respecté ; en France, par exemple, l'inspection des navires est inférieure à 10 %, alors que la législation européenne stipule qu'elle doit être de 25 % (...). Il n'existe pas de mesures d'incitation pour forcer l'industrie à décharger les déchets dans les installations portuaires. Ces coûts sont alors considérés comme « évitables ». Manque de sanctions ; les chances d'être pris en flagrant délit de dégazage sont très faibles. Les ports sont peu incités à recevoir les déchets et les marins à les décharger légalement* ⁵⁰⁸ ».

De pareille façon, malgré les mesures de responsabilisation prises en vue d'une claire identification du bâtiment, l'incognito juridique du navire est organisé, souvent, par tout un écran de savantes dispositions. De fait, « [...] *il est parfois extrêmement difficile de savoir qui est l'armateur d'un pétrolier, l'exploitation de celui-ci faisant l'objet d'une succession de contrats, contrats d'affrètement, de leasing, de gérance (comme cela a été vu dans l'affaire de*

⁵⁰⁵ L'article 109 du Code du travail maritime – lequel disposait que « *l'armateur peut toujours congédier le capitaine* » - a été modifié par l'article 50 de la loi du 18 novembre 1997 relatif à la pêche en mer mais s'appliquant à tous capitaines.

⁵⁰⁶ Rodière R, *Le droit maritime*, op. cit., p. 70, 71.

⁵⁰⁷ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 196.

⁵⁰⁸ Bulletin de février 2006 du PNUE, op. cit..

l'Amoco Cadiz)⁵⁰⁹. " Au maquillage des lieux et des faits (déversements de nuit sur les routes marines très fréquentées : ce qui rend difficile une enquête après coup), s'ajoute ainsi le maquillage éventuel de l'incriminé. « Les navires sont « maillés » dans une nébuleuse insaisissable... L'Erika était affrété par le donneur d'ordre français Total-Fina. Le navire était détenu par un sous-traitant, une société italienne, le courtier avait son siège social à Londres, la bateau était armé par une société grecque laquelle sous-traitait avec Malte ; l'équipage était indien ; le pavillon de complaisance était Malte. En vingt-quatre ans, il [avait changé] sept fois de nom, neuf fois de gestionnaire et cinq fois de pavillon.⁵¹⁰ ».

C. La problématique de l'internationalité du droit maritime

Les problèmes du droit maritime, en vérité sont légion. Certains sont à mettre en rapport avec une internationalité devenue problématique. Nous aurons à les rencontrer dans le détail. Leurs noms : faiblesse de certaines sources, difficile homogénéisation mondiale, et désordre des sources, interprétations hétérogènes etc. C'est un peu l'internationalité du droit maritime, une caractéristique de toujours, qui tout d'un coup semble en panne. En matière de droit maritime, nous eûmes un droit local, puis un droit national courant tous deux vers l'horizon. Nous avons des lois planétaires hésitantes à s'enraciner dans des rives. Nous avons des Conventions très nombreuses jamais ratifiées par l'ensemble des Etats. Naissent de cela des désordres, des chevauchements, des divisions puis l'obligation de maintenir un droit maritime national à côté des dispositions internationales, afin de pallier les lacunes ou l'imparfaite reconnaissance de celles-ci. Doit-on penser que la loi vient d'un lieu - tend à venir d'un lieu ? Quelque chose en elle, et si loin que ses branches s'étendent, serait peut-être *enraciné*. L'internationalité du premier droit maritime était, si l'on y pense assez, l'internationalité de l'Europe et du Proche-Orient. Mais, en ultime analyse, il faut sans doute apercevoir que le droit maritime, aussi spécifique – aussi déconcertant ? – que soit parfois son contenu traditionnel, est d'origine formé dans la sagesse et le vécu des gens de mer. Il est formé de solutions. De solutions transportables d'homme à homme, de port en port, d'un peuple de la mer à d'autres peuples de la mer. Le droit qui se réfléchit de nos jours au sein des officines internationales est un droit du calcul et de la stratégie, toujours soucieux d'avancer de vraies solutions mais ayant à gérer les appétits de l'économie - relayés, souvent, par les sinuosités de la politique. Les Conventions ne sont souvent ratifiées que par un petit nombre

⁵⁰⁹ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 310

⁵¹⁰ Voir *Pêche et navigation*. Infos en ligne sur Sextan.com

d'Etats, non que leurs dispositions s'ajusteraient mal aux défis d'aujourd'hui mais parce que les Etats réticents n'y ont pas vu leur personnel profit.

Au plan européen surgit en outre un autre niveau de production de normes : il n'est ni national ni international. Il s'agit des institutions européennes elles-mêmes.

TITRE 2 : L'EUROPEANISATION LES SOURCES DU DROIT MARITIME

Notre réflexion qui est de droit maritime - et de droit général afin de tout mettre en perspective – aborde le point de l'Europe institutionnelle avec une hésitation. C'est que la donne est ici nouvelle au regard du droit. Le pôle émetteur de normes est inédit : ce n'est pas un Etat, ce n'est pas une fédération d'Etats, ce n'est pas une entente incertaine d'Etats comme il s'en constitue pour les besoins d'une ratification de traité : l'Europe est *autre chose*. Il nous a semblé qu'on ne pouvait connaître du fruit sans avoir, à suffisance, examiné l'arbre - ayant bien ferme à l'esprit que rien, qui se construit, n'est fixé.

Qu'est-ce qu'Europe ? On peut répondre en diverses façons. La vieille terre aux rivages de rocs et blessée d'échancures de mer : un Vieux Monde. Ou la mortelle des temps d'oubli si belle en ses grands yeux⁵¹¹ que Jupiter Olympien s'en surprit d'amour. Ou tous ces siècles sous le ciel et qui ont vu se mélanger – serait-ce ici plus qu'ailleurs ? – au sang violent de toutes les fureurs, une foi de pierres levées qui construisit des cathédrales. L'Europe, encore, est un chantier. Fiévreux.

Les chantiers sont ainsi quelquefois : remplis de fièvre et de retards. Est-ce par là que s'explique une intégration du droit maritime, embryonnaire et non achevée, dans l'ordre juridique européen ? Ce tardif intérêt montre assez bien, quoi qu'il en soit, que le droit maritime, ici aussi, fut ressenti comme étant particulier⁵¹².

L'Europe, cette inconnue ? Le maritimiste français notera, dût-il s'en étonner, que le précis Dalloz du Doyen Rodière en 1967⁵¹³ ne fait aucune place à ce qui était alors la Communauté économique européenne. Aucune mention n'est faite de sa création ni de la rédaction de l'article 84 §2 du Traité instituant la CEE qui vise la navigation maritime. Elle n'est pas une occurrence de l'index. Le Traité de Rome de 1957 ne concernerait pas le droit maritime dans l'esprit de la doctrine dix ans après l'apparition de cette organisation internationale d'un genre tout à fait nouveau. Il est vrai que l'on est alors dans une période de transition qui doit s'achever en 1970. Pourtant, le 22 juin 1965, un accord est intervenu au sein du Conseil sur les grandes lignes de l'organisation commune des marchés des transports. Mais il est vrai pareillement que l'année 1965 verra, par une manifestation de la fierté

⁵¹¹ Selon les *Métamorphoses* d'Ovide. Nous n'avons pas pu savoir si l'étymologie de « *grands yeux* » ou « *beau regard* » (eu-r-op(t)e ?) que certains voudraient trouver dans le nom de la belle enlevée, Princesse de Phénicie, se trouvait digne de considération. Voir le site artezia

⁵¹² Le même sort, toutefois, fut réservé au droit des transports aériens.

⁵¹³ Rodière R., *Droit maritime*, Ed. Dalloz, 3^{ème} édition, Paris 1967, 520 pages

gaullienne, une France un peu fâchée pratiquer la politique de la « chaise vide » au Conseil.⁵¹⁴ Au total, il est manifeste que, pour un regard français de 1967, le droit maritime en tant que tel n'a pas encore jailli de l'Europe.

Notre réflexion ne perdra pas de vue que l'Europe à considérer, s'agissant de droit maritime, est celle que nous qualifions aujourd'hui d'Union européenne au tout premier chef. Il est certain que l'actuelle européanisation du droit maritime lui appartient de manière essentielle. On sera tenté de juger qu'elle est la seule, au titre de l'Europe, à s'occuper *directement* du droit maritime. Une donnée définitive ? Au regard des juristes – et de quiconque est inquiet de savoir si le droit peut mourir- il est assuré quoi qu'il en soit que l'Union n'est pas tout, que l'Union n'est qu'un arbre : et dans son ombre il cache la forêt. Nous avons songé qu'il était bon, fût-ce rapidement, de situer cette Europe par rapport à des arbres voisins. Qu'il était nécessaire aussi de regarder d'assez prêt la mécanique originale, évolutive et compliquée, de lumière et d'obscurités, qui sous-tend la marche de l'Union - qu'à moins de cela, rien de sûr ne serait montré de ce qu'on est en droit d'attendre ou de craindre ou d'espérer, marqué du sceau de l'Europe, en matière de droit. Ni donc de droit maritime. Or ce point nous semble important. Les institutions européennes, explique Pierre Bonassies, « *commandent aujourd'hui largement par leur action le destin des entreprises françaises comme celui des ressortissants français*⁵¹⁵ »

L'Union européenne est en devenir. Et son action sur le droit – donc sur le droit maritime en particulier – s'inscrit dans un long processus. Deux périodes se distinguent. L'européanisation du droit maritime est au départ un phénomène discret, presque timide (chapitre 1). Une véritable politique maritime, au bout d'un temps, sera cependant mise en œuvre (chapitre 2).

⁵¹⁴ Boudant J. et Gounelle M., *Les grandes dates de l'Europe communautaire*, Coll. Essentiels, Ed. Larousse, Paris 1989, p. 48.

⁵¹⁵ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 86.

Chapitre 1 : Au départ, une Communauté timide à l'endroit du droit maritime

Dès le départ, le traité de Rome arrête une politique commune en matière de transports (titre IV de sa troisième partie), pourtant les navigations maritimes et aériennes en sont exclues par l'article 84 CEE. « *Deux raisons expliquent sans doute ce choix : le marché des transports maritimes et aériens est par nature plus mondial qu'europpéen, et ces transports évoluent dans un cadre international organisé faisant intervenir des institutions spécialisées des Nations unies (OMI et OACI)* »⁵¹⁶. Le droit maritime, au départ, ne bénéficie donc d'aucune priorité de la part de l'Europe et cela peut aussi s'expliquer par l'histoire de l'Europe en construction. Si l'on regarde attentivement la succession des traités qui ont posé les fondations de l'Europe, on constate assez bien que cette Europe a dû consacrer du temps pour affermir ses bases et développer ses compétences. Il est très clair que la genèse de l'Europe a relevé d'un processus de complexité (section 1). La naissance retardée du projet maritime est à situer dans ce contexte (section 2).

Section 1 : La genèse de l'Europe, un processus de complexité

« *L'Europe ne se fera pas en un jour, ni sans heurts* », aurait prophétisé Robert Schuman⁵¹⁷. Un grand demi-siècle après le lancement des travaux, le très complexe édifice européen semble bien loin de son achèvement, lesdits travaux se réalisant par tranches. A la complexité du processus de construction (I) répond la complexité des institutions mises en place (II) et, pareillement, la complexité de l'attribution de compétence initiale pour la navigation maritime (III).

I. La complexité du processus de construction

Deux étapes à tout le moins sont à distinguer dans la progressive construction de l'édifice européen (A). Ce sont des Europe plurielles, au demeurant, qui jaillissent au jour (B).

⁵¹⁶ Clergerie J.-L., Gruber A., Rambaud P., *L'union européenne*, Ed. Dalloz, 7^e édition, coll. Précis Dalloz, Paris 2008, p.439

⁵¹⁷ Robert Schuman, l'un des principaux personnages politiques de la IV^e République. Né en Lorraine occupée, de formation universitaire allemande, il est un Européen passionné, père fondateur de la Communauté européenne du Charbon et de l'acier (CECA). La phrase ci-dessus est prise pour devise, aujourd'hui, par le Cercle des Européens

A. Les étapes de l'Europe communautaire

Une première étape est, en quelque sorte, un temps de pose des premières pierres. Une seconde période suivra, plus active, initiée par les événements de 1986⁵¹⁸.

Ce n'est pas ici le lieu de parcourir en détail le chemin des traités qui conduisirent la Communauté Economique Européenne à ce que nous connaissons aujourd'hui, qui - depuis le traité de Paris, instituant la CECA en 1950 et le traité de Rome, signé le 25 mars 1957, portant création du Marché commun et de l'Euratom, aboutit au traité de Lisbonne⁵¹⁹, entré en vigueur en 2009. Les étapes sont la signature de l'Acte unique en 1986, le traité de Maastricht en 1992⁵²⁰, les accords de Schengen en 1995, et, en vue de l'élargissement, les traités d'Amsterdam en 1997 et de Nice en 2001.

L'Acte unique européen qui remplace en bien des cas le vote à l'unanimité par le vote à la majorité qualifiée sera très significatif pour le droit maritime.

A ceci quelques dates concernant le Conseil de l'Europe – cette Europe parallèle à l'UE - devraient s'ajouter : sa création par le Traité de Londres en 1949 qui fait de lui la première Europe en date et la signature de la Convention européenne des droits de l'Homme en 1950 ainsi que la création de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en 1959

Ce très sommaire historique est certes imparfait. D'autres dates y figureraient de façon légitime : il ne s'y trouverait cependant pas, pensons-nous, qui puissent marquer le cours du temps d'une encoche profonde - et rien qui puisse affecter le constat suivant : cette succession se divise en deux moitiés que sépare en creux, de 1959 à 1986, un temps médian de relatif silence.

Deux différentes époques ont tout lieu d'être également distinguées dans l'activité de l'Union européenne en ce qui regarde le droit maritime. « *La première est toute de prudence. La seconde, dont on peut dater les prémices de 1985, s'est concrétisée dans une série de textes importants, et notamment dans les règlements du 22 décembre 1986.*⁵²¹ » Nous les examinerons de façon séparée, dans l'ordre : abordant rapidement la première étape et son action *toute de prudence* en droit maritime - et gardant pour un chapitre plus tardif un examen plus détaillé de la deuxième époque.

⁵¹⁸ L'année 1986 fut une année chargée d'événements. Retenons l'explosion de la centrale nucléaire de Tchernobyl qui, en Europe, entraîne une fragilisation du bloc de l'Est, la fin de la Conférence sur le désarmement en Europe, à Stockholm, avec un accord entre les 35 pays participants, la troisième Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe sous l'égide de l'OSCE, à Vienne et, surtout, l'Acte unique européen.

⁵¹⁹ Sauron J.-L., *Comprendre le Traité de Lisbonne*, Gualino éditeur, Paris 2008, 351 pages.

⁵²⁰ *Traité de Maastricht mode d'emploi*, Coll. « Documents » dirigé par Jean Claude Zylberstein, UGE 10/18, 1992, 628 pages. Document élaboré par le Bureau de représentation de la Commission européenne en France.

⁵²¹ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 89.

Une explication pour cette césure et ces deux étapes inscrites dans les faits peut-elle être aisément fournie ? « *On peut se demander pourquoi les actions de la Communauté en matière maritime ont ainsi été marquées, dans une première phase, par une grande prudence* », écrit Pierre Bonassies⁵²². Ce dernier met de l'avant des réticences affichées par des Etats, presque à tour de rôle, et le peu d'empressement du libéralisme économique à s'encombrer de lois. « *Dans un premier temps c'est plutôt la France qui, soucieuse de maintenir sa politique maritime traditionnelle, a freiné l'action du Conseil. A partir de 1975, c'est la Grande-Bretagne qui, ayant toujours favorisé le libéralisme absolu en matière maritime, a pris le relais de la France, laquelle était devenue plutôt favorable à une politique maritime concrète. En 1983, l'entrée de la Grèce a accru le nombre des partisans du libéralisme. [Ce qui] n'a pu, toutefois, empêcher les choses d'évoluer.*⁵²³ »

D'autres raisons pourraient sans doute, et en plus, être mises de l'avant, les unes se nourrissant des autres et ces raisons n'étant pas toujours spécifiquement maritimes. Il ne faut pas exclure au demeurant que les premiers fondateurs de l'Europe aient regardé la mer comme un domaine en périphérie dont on s'occuperait... plus tard. C'est un peu le sentiment qu'on éprouve en lisant le traité de Rome. Il y avait tant à bâtir et, passé le temps des premiers traités fondateurs, il a fallu - dans des domaines pluriels - *du temps* : le temps que les choses *se fassent* et que les textes enfantent les faits, que ce qui était conçu se fasse chair.

Or l'Europe, en vérité, vient au jour en naissances pour le moins jumelles.

B. L'Europe plurielle

A côté de la Communauté et du Conseil de l'Europe⁵²⁴, une analyse plus fouillée distinguerait la place de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE),

⁵²² Ibid., p. 90.

⁵²³ Ibid., p. 90-91. Le *Conseil* est le *Conseil de l'Union européenne*, à l'époque appelé le *Conseil des communautés*, couramment désigné sous l'appellation le *Conseil des ministres* ou plus simplement, le *Conseil* : nous examinerons plus loin son rôle.

⁵²⁴ Il faut bien apercevoir que le Conseil de l'Europe est étranger à l'UE et qu'il se distingue du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne, qui ont en commun d'être des institutions de l'ex-Communauté européenne aujourd'hui devenue l'Union européenne (ou *l'Europe des 27*). Mieux, qu'il représente une construction partiellement concurrente : il est *l'Europe des 47* incluant par exemple la Turquie qui n'est pas membre fondateur mais l'un des premiers adhérents dès 1949, la Russie depuis 1996, le Monténégro depuis 2007 etc. La Norvège qui a deux fois refusé par référendum de rejoindre l'Union européenne est au nombre des dix membres fondateurs du Conseil de l'Europe en 1949 avec, notamment, la France et le Royaume-Uni. Au Conseil de l'Europe appartenait en propre, avant l'adoption par l'UE, le *drapeau européen* : la bannière azur frappée d'une couronne d'étoiles et *l'hymne européen* : l'Ode à la joie tirée de la neuvième symphonie de Beethoven. Pareillement, la Convention européenne des droits de l'homme, œuvre majeure - et dont nous reparlerons - du Conseil de l'Europe, devrait se trouver ratifiée par l'Union européenne en application du Traité de Lisbonne qui dote l'UE de la personnalité juridique et lui permet donc cette démarche. Ledit Traité de Lisbonne prévoit par ailleurs, dans son article 6, paragraphe 2, que "*l'Union européenne adhère à la Convention*

créée en 1973, organisant dès avant la chute du mur de Berlin le dialogue entre les pays de l'Europe de l'ouest et ceux de l'Europe de l'est, l'Union de l'Europe occidentale, créée en 1948 mais en cessation d'activité, l'espace économique européen (EEE) qui garantit les « quatre libertés » (libre circulation des personnes et des biens, des capitaux et des marchandises), union économique, avec des particularités douanières, entre les 27 et l'Islande, la Norvège ainsi que le Liechtenstein. La Suisse qui, avec les trois précédents constituait l'AELE, a refusé d'adhérer. Cette union ne permet pas la libre circulation des produits de la pêche (ni des produits non transformés de l'agriculture). D'autres chantiers sont liés de manière étroite à l'Union européenne et sont nonobstant distincts puisque aucun d'eux ne réunit strictement les mêmes Etats participants. C'est le cas de l'espace Schengen qui abolit les contrôles aux frontières intérieures : la Suisse y adhère (en dépit de son usuelle circonspection vis-à-vis de l'Europe) et pas le Royaume-Uni ni l'Irlande. C'est le cas de la zone euro qui concerne dix-sept des vingt-sept pays de l'Union européenne. Dix pays ne participent donc pas à cette zone euro soit parce qu'ils ont exprimé, comme le Royaume-Uni, le désir de s'abstenir, soit parce qu'ils ne réunissent pas – pour l'heure au moins – les critères exigés pour une adhésion.

II. La complexité des institutions

La complexité des institutions mises en place au titre de l'Union européenne est souvent signalée, parfois pour être ouvertement critiquée. Dans leur ouvrage intitulé *Droit institutionnel de l'Union européenne*, les professeurs Blumann et Dubouis donnent un titre révélateur au chapitre qu'ils consacrent à la présentation des institutions de l'Union : « *La nébuleuse institutionnelle* »⁵²⁵. On peut juger que la construction de l'Union européenne empile - au fil de son histoire et des traités - des rêves divergents, des espérances et des inquiétudes antagonistes et qui, pourtant, finissent par s'épouser mais aussi, cependant, des pragmatismes et des calculs. Cette complexité, nous nous contenterons de l'apercevoir du point de vue le plus immédiatement juridique en évoquant d'abord les institutions dont relève la procédure législative (A). Nous évoquerons dans un second temps le rôle du juge communautaire (B).

européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales", autrement dit la Convention européenne des droits de l'homme. Les choses sont en cours. Loin derrière l'UE, le Conseil de l'Europe est susceptible d'exercer son influence en droit maritime (et en droit de la mer), ce qui justifie aussi les quelques développements que nous lui consacrons ici. Ainsi, en janvier 2003, le Conseil de l'Europe a voté une résolution (résolution 1317 (2003) pollution marine) pour affirmer son soutien aux propositions de la Commission européenne suite au naufrage de l'Erika.

⁵²⁵ Blumann C. et Dubouis L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Ed. Litec, Coll. Manuel, Paris 2010, p. 219-326

A. Les institutions maîtresses de la procédure législative

Le droit de l'UE, maritime et général, est-il conçu dans une démocratie rigueur ? La réponse à cette question semble passer par un rapide examen des institutions qui commandent à son adoption : le Parlement (1), le Conseil de l'Union européenne (2), la Commission européenne (3).

1. Le Parlement européen

Il reste le seul à rassembler des élus directs⁵²⁶. Il ne peut pas être dissous. Son rôle était à l'origine uniquement consultatif. Ce rôle, aujourd'hui, tend à s'étendre. Il reste cependant limité sur des points importants.

- Il n'a pas l'initiative législative et ne peut donc être à l'origine des textes soumis à son examen. L'initiative législative appartient à la Commission européenne.

- Au plan budgétaire, il contrôle le volet « dépenses » mais pas le volet « recettes ». *« A la différence des parlements nationaux, il n'est pas compétent pour voter les recettes, mais il joue un rôle important dans le processus budgétaire dès la préparation du budget (art. 269 et 272 CE). Saisi du projet de budget qu'il peut amender, il peut seulement proposer des modifications à l'égard des dépenses obligatoires, mais il a par contre le dernier mot concernant les dépenses non obligatoires, sous réserve de respecter le taux maximum annuel d'augmentation déterminée par la commission (art. 272-9 CE) ».*⁵²⁷

- Il exerce aussi la charge⁵²⁸ d'élire pour cinq ans le Président de la Commission européenne et ses membres (article 214 du traité CE) Une charge ? un pouvoir ? L'action du Parlement consiste à prendre ou à refuser le candidat désigné par le Conseil européen donc, par les chefs d'Etats.

- Le Parlement pourrait aussi renverser⁵²⁹, par le biais d'une motion de censure, ladite Commission (article 201 du traité CE). Mais il faudrait que le vote en ce sens atteigne les deux tiers des suffrages exprimés, couvrant en outre la majorité des membres du Parlement (présents ou absents). Ceci ne s'est jamais produit. La Commission Santer, en 1999, relevant d'une présomption de corruption, démissionna⁵³⁰ sans que le parlement ait recours à la motion de censure.

⁵²⁶ Et seulement depuis 1979. Il était précédemment composé de membres délégués des Parlements nationaux.

⁵²⁷ Clergerie J.-L., Gruber A., Rambaud P., *L'union européenne*, op. cit., p. 150

⁵²⁸ Ibid.

⁵²⁹ Ibidem

⁵³⁰ On peut penser qu'elle y fut un peu contrainte.

- Les pouvoirs du Parlement sembleraient tenir dans un éclatement de prérogatives diverses. Le rôle consultatif qu'il conserve accentue son poids politique : toute ratification de traité, toute négociation avec l'Organisation mondiale du commerce (OMC) exige l'avis du Parlement. La Banque centrale européenne (BCE) doit lui adresser ses rapports.

Le Parlement européen compte vingt commissions permanentes (et de trois sous-commissions) dont plusieurs en rapport direct avec le monde de la mer et du droit maritime⁵³¹. On citera par exemple : la commission du commerce international (DEVE), la commission des transports et du tourisme (TRAN) et la commission de la pêche (PECH). Au surplus, le Parlement « *peut constituer à tout moment des commissions temporaires ayant un mandat particulier pour une durée en principe de douze mois maximum* »⁵³²

2. Le Conseil de l'Union Européenne

Le Conseil de l'Union européenne ou « le Conseil » ou « le Conseil de l'Union » ou, tout aussi bien, « le Conseil des ministres » est composé de... ministres et cette dernière appellation permet de le distinguer d'autres « Conseils ». Mais, à rebours des chefs d'Etats, les présents ne sont pas toujours les mêmes. « *Le conseil connaît une pluralité de formations dont la plus importante, chargé des affaires générales et relations extérieures réunit les ministres des affaires étrangères. Certaines formations sont imposées par le traité, tel le conseil des ministres des finances et des affaires économiques (ECOFIN)*⁵³³. *D'autres formations techniques rassemblent de façon ad hoc les ministres compétents en fonction des questions traitées : justices et affaires intérieures ; emploi, politique sociale, santé et consommateur ; compétitivité ; transport* »⁵³⁴.

Il réunit donc les ministres compétents par domaine d'activité.

Pour le droit maritime, il apparaît que ce Conseil exerce un rôle capital. Rappelons qu'aux termes de l'article 80 du Traité de Rome (ex art. 84), alinéa 2nd, le Conseil a le pouvoir de prendre toutes mesures susceptibles de définir une politique de transports dans les domaines maritimes et aériens laissés en suspens par le traité. Rappelons que depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, cette prérogative législative est partagée entre le Conseil de l'Union et le Parlement européen⁵³⁵.

⁵³¹ Sur ce point voir Clergerie J.-L., Gruber A., Rambaud P., *L'Union européenne*, op. cit., p. 148

⁵³² Ibid.

⁵³³ Qui rassemble les 27 ministres de l'économie et des finances.

⁵³⁴ Clergerie J.-L., Gruber A., Rambaud P., *L'Union européenne*, op. cit., p. 125

⁵³⁵ Article 100.2 du TFUE

Pour le reste, le Conseil des ministres est l'organisme en charge de l'intérêt des Etats : les ministres y représentent en effet leur gouvernement, leur Etat d'origine, et sont responsables devant eux. Le Conseil des ministres exerce avec le Parlement le pouvoir législatif et le pouvoir budgétaire, avec sur le plan législatif, des pouvoirs plus étendus que le Parlement dans la mesure où il vote toutes les lois⁵³⁶.

Les ministres délégués par les Etats, que le Conseil réunit par affinités de portefeuilles et donc par larges intervalles ont à traiter les affaires de l'Union européenne comme une activité en plus : divers atermoiements s'expliqueraient par là. Une fois au moins, en 1985 et à la demande du Parlement européen, la carence du Conseil, « *constituée par son refus de se prononcer sur plusieurs propositions de la commission* »⁵³⁷, a été constatée par la Cour de Justice mais qui à cette occasion ne sanctionna que l'absence de mise en œuvre de la liberté de prestation de services⁵³⁸.

3. *La Commission Européenne.*

La Commission européenne détient le pouvoir d'initiative⁵³⁹ des projets de règlement et autre directive.

En tant qu'elle exerce une sorte de pouvoir exécutif, elle a aussi la charge d'exécuter les décisions prises par le Conseil et le Parlement européen. C'est en cela qu'elle a sa place parmi les institutions maîtresses de la procédure législative⁵⁴⁰. En outre, elle exerce les recours en manquement contre les Etats membres en tant que gardienne du Traité.

⁵³⁶ Tandis que le Parlement n'exerce pleinement ce pouvoir que dans les domaines (de plus en plus étendus par ailleurs) relevant de la procédure de codécision qui, depuis Lisbonne, est regardée comme la *procédure législative ordinaire*. Sur le plan budgétaire on relève la situation inverse : le Parlement peut rejeter la proposition de budget par un vote de la majorité de ses membres (présents ou absents) mais il peut aussi l'adopter, malgré son rejet par le Conseil à la majorité des trois cinquièmes des votes exprimés.

⁵³⁷ Clergerie J.-L., Gruber A., Rambaud P., *L'Union européenne*, op. cit., p. 431

⁵³⁸ Nous reviendrons sur ce recours en carence contre le Conseil.

⁵³⁹ Il convient de noter à propos du pouvoir d'initiative de la Commission, que le Traité de Rome dans sa version initiale ne donne pas expressément un pouvoir d'initiative à la Commission CEE (il y a alors trois commissions, une pour chaque organisation : CEE, CECA, Euratom).

Le Traité de fusion signé à Bruxelles le 8 avril 1965 institue une Commission unique pour les Communautés européennes. Dans leur ouvrage, *Les grandes dates de l'Europe communautaire* (op. cit) Joël Boudant et Max Gounelle mettent en exergue le fait que la Commission ne sera véritablement apte à œuvrer qu'à partir de 1977. En 1980, soulignent-ils (p. 137), elle tiendra 44 réunions, arrêtera 5901 actes et transmettra 542 propositions ou projets d'actes. Pour ce qui est de la navigation maritime sa première véritable initiative se matérialisera dans une communication du 19 mars 1985 relative à la politique commune des transports dans le domaine maritime, dont nous reparlerons dans de prochains développements. Le pouvoir de la Commission de prendre des initiatives est aujourd'hui inscrit dans l'article 17 §1 du Traité sur l'Union européenne. Il est exprès.

⁵⁴⁰ Sur ce point voir Blumann C. et Dubouis L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 221 et s.

La Commission, qui est « *au cœur du système institutionnel des communautés européennes* »⁵⁴¹ joue un rôle de premier plan dans la détermination de la politique maritime de l'Union européenne.

A l'inverse du Conseil des ministres, la Commission européenne est indépendante des Etats. Elle est un organe moteur de la politique d'intégration européenne elle est réputée représenter « *l'intérêt général* » de l'Union, sans être issue du suffrage universel direct. « *Cette prééminence au moins formelle de la commission découle de la mission qui lui incombe au premier chef de représenter, voire d'incarner l'intérêt général de l'Europe. Face au Conseil qui représente les intérêts nationaux des Etats et au Parlement qui reste de par son mode d'élection très tributaire des mêmes pesanteurs nationales, la commission doit faire entendre la voix de l'Europe, celle de l'intérêt commun qui transcende les intérêts individuels des Etats aussi estimables soient-ils* »⁵⁴²

A ces titres elle présenterait certaines analogies avec les gouvernements nationaux. L'article 213 CE (ex- article 157) précise que les « *commissaires exercent leurs fonctions en pleine indépendance dans l'intérêt général des communautés* ». Conséquence de cette indépendance les commissaires s'interdisent de se laisser influencer par l'Etat membre duquel ils sont ressortissants. Les commissaires, « *dans l'accomplissement de leurs tâches, ne sollicitent d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucun organisme. [...] Cette indépendance est aussi une obligation pour les Etats membres qui se sont engagés à la respecter et ne pas chercher à influencer les membres de la Commission* »⁵⁴³

Dans son rôle de proposition, la Commission, nous l'avons vu, détient un quasi monopole de l'initiative législative. L'article 211 alinéa 3 du Traité CE dispose en effet que « *La Commission formule des recommandations ou des avis sur les matières qui font l'objet du présent traité si celui-ci le prévoit expressément ou si elle l'estime nécessaire* ».

Dans son rôle de mise en œuvre des politiques communautaires, la Commission vérifie la transposition dans les droits nationaux des textes votés sous l'égide de l'Union européenne ainsi que leur bonne exécution. « *Cette mission de surveillance dans qui lui a valu d'être désigné comme la « gardienne des Traités* » s'entend largement, recouvre l'application des

⁵⁴¹ Louis J.V. et Waelbroeck M. (sous la dir. de), *La commission au cœur du système institutionnel des communautés européennes*, université de Bruxelles, Bruxelles 1989, cités par Clergerie J.-L., Gruber A., Rambaud P., *L'union européenne*, op. cit., 131

⁵⁴² Blumann C. et Dubouis L, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 221

⁵⁴³ Isaac G. et Blanquet M., *Droit général de l'Union européenne*, Ed. Sirey, 9^{ème} édition, Paris 2006, p.89

*traités et du droit dérivé et « s'exerce tant sur le comportement des Etats que, dans certains cas sur celui des particuliers, voire celui des autres institutions ».*⁵⁴⁴

En cas d'inapplication ou de mauvaise application du droit communautaire par un Etat membre, la Commission peut saisir la Cour de justice afin qu'elle sanctionne de tel comportements. Ce fut le cas pour la France et concernant précisément le droit maritime.

Elle se voit investie en certaines occasions d'un véritable pouvoir direct de jugement, jouant de ce fait un rôle judiciaire : nous le verrons lors d'affaires relatives à l'organisation maritime de la concurrence (voir affaire de la conférence maritime MEWAC notamment).

Le rôle budgétaire de la Commission peut se regarder comme un volet de cette action motrice de l'intégration européenne. La Commission construit tous les ans son projet de budget en équilibre en tenant compte d'une enveloppe pluriannuelle à valeur de plafonnement. Le rôle budgétaire de la Commission va sensiblement plus loin. De par ses compétences financières « *et c'est elle qui établit l'avant-projet de budget (article 272-2 du traité CE). Elle participe ensuite aux décisions du Parlement et du conseil. Mais c'est elle aussi qui assure la gestion des fonds communautaires* ». ⁵⁴⁵

Parmi les attributions de la Commission européenne il faudrait sans doute aussi distinguer son rôle quasi diplomatique de représentation, rôle qui est le sien mais plus spécifiquement celui de son Président⁵⁴⁶. « *A l'exception de la politique étrangère et de sécurité commune réservée au Président du Conseil européen et au Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, la Commission représente l'Union européenne à l'extérieur (politique commerciale, désignation des délégations...) et dans l'ordre interne*⁵⁴⁷ ».

En accord avec les Chefs d'Etats du Conseil européen, le Président de la Commission nomme les commissaires et leur attribue un portefeuille⁵⁴⁸. La Commissaire grecque Maria Damanaki, est actuellement en charge du portefeuille « Affaires maritimes et pêche⁵⁴⁹ ».

⁵⁴⁴ Amphoux J., *Le droit de la Communauté européenne*, Ed. ULB, 1979, vol.9, p. 163, cité par Clergerie J.-L., Gruber A., Rambaud P., *L'Union européenne*, op. cit., p.140.

⁵⁴⁵ Ibid. p. 142

⁵⁴⁶ Choisi pour cinq ans, il est *proposé* par le Conseil européen à l'approbation du Parlement.

⁵⁴⁷ Voir site Internet *Toute l'Europe*.

⁵⁴⁸ Le schéma retenu n'est pas sans analogies avec la désignation des ministres français par le Premier Ministre en concertation avec le Président de la République.

⁵⁴⁹ On relèvera que l'organigramme de la Commission rattache la pêche aux affaires maritimes alors que le Traité de Rome, à l'instar des Nations Unies, la relie à l'agriculture. Cf. TFUE, Titre II, L'Agriculture, Article 32 (ancien art. 38), premier alinéa : « *Le marché commun s'étend à l'agriculture et au commerce des produits agricoles. Par produits agricoles, on entend les produits du sol, de l'élevage et de la pêche, ainsi que les produits de première transformation qui sont en rapport direct avec ces produits.* ».

Du point de vue des chiffres, la Commission est, de très loin la principale institution de l'UE, tant du point de vue financier (l'essentiel des dépenses de l'Union sont engagées sous son autorité) que du point de vue de l'emploi. « *De par son effectif (27000 personnes en 2007), la Commission est la plus grande institution de l'Union : environ 80 % du personnel est réparti entre les quelque 40 Directions Générales ("DG") et services décentralisés ; le reste travaille dans les services de traduction et d'interprétation.*⁵⁵⁰ »

La politique maritime est arrêtée dans les grandes lignes d'action fixées par la Commission « Affaires maritimes et pêche » et peut aussi s'analyser - d'une façon plus détaillée - dans le livre vert édité en 2006 : Vers une politique maritime de l'Union.

B. Le juge communautaire

Aux termes de l'article 164 du traité de Rome, « *La Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité* ».

La Cour de justice est à l'origine formée de sept juges siégeant en séance plénière. Au fil du temps, ses effectifs s'étoffent et la Cour de Justice de l'Union Européenne, ainsi que nous l'appelons aujourd'hui, se compose de trois juridictions : la Cour de Justice proprement dite, le Tribunal de la Première Instance (instituée par l'acte unique européen) et le Tribunal de la Fonction Publique (créé après l'entrée en vigueur du traité de Nice).

La première tâche de la Cour de justice consiste à veiller à ce que le droit fasse partout l'objet d'une lecture uniforme et claire, d'assurer, nous l'avons dit le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.

Le droit dont il s'agit s'appliquant directement dans les Etats membres, il appartient au juge national, par le moyen d'une question préjudicielle, d'obtenir de la Cour l'éclaircissement de toute norme imprécise ou ambiguë. Nombreux furent d'ailleurs les grands principes du droit communautaire posé par la cour de justice sur la base souvent de questions préjudicielles.

Au cours des décennies, s'est ainsi élaborée une jurisprudence de la Cour de Justice dont nous verrons la puissance créatrice de normes.

On peut certes penser que la chose est paradoxale en droit légiféré, contraire aux dispositions du droit français qui, par l'article 5 du Code civil, récuse l'autorité du *droit des juges*. Le droit de la Cour de justice s'impose au droit des Etats quand bien même il est conçu

⁵⁵⁰ Site « Toute l'Europe », ibid. Il semble que les 27 000 personnes recensées en 2007 avoisineraient les 40 000 personnes en 2010. Il faut sans doute prendre en compte (en 2007 précisément) l'adhésion de la Roumanie comme de la Bulgarie.

dans des conditions que dénonce le droit d'Etat. C'est un détournement de *source*, un bouleversement du droit traditionnel que nous connaissions. Nous y reviendrons

Si, comme nous l'avons vu, la Commission est la « gardienne des traités », c'est la Cour de justice qui peut porter jugement sur la mise en œuvre du droit européen. C'est là le second volet de son rôle. « *La Cour veille également au respect du droit communautaire par les États membres de l'UE et ses institutions. Elle a compétence pour connaître les litiges juridiques entre les pays de l'Union, les institutions européennes, les entreprises et les particuliers*⁵⁵¹ ».

III. La complexité de l'attribution de compétence initiale pour la navigation maritime

Les fondements de la politique maritime de l'Union européenne doivent être recherchés dans les premiers traités. Pour autant, les termes initiaux de l'attribution de compétence ont pu surprendre et donner le sentiment d'une grande hésitation (A). Pour mieux juger de la complexité de cette attribution de compétence, il est souhaitable d'en apercevoir quelques à-côtés (B)

A. Les termes de l'attribution

Nous l'avons dit : la Communauté – qui s'appelle aujourd'hui l'UE – s'est engagée sur le terrain du droit maritime avec une lente circonspection. Lors de la création de la CEE le 25 mars 1957, le traité de Rome, en effet, donne assez nettement l'impression de ne pas vouloir s'engager dans cette voie d'une façon précipitée. De fait, ce traité de Rome, réserve aux transports un sort particulier, « *distinct de celui des autres services (art. 61 I)* »⁵⁵².

L'article 74 du titre IV, relatif aux transports, inscrit dans les termes du traité la mise en place d'une « *politique commune des transports* ».

L'article 84 surtout semble installer le droit maritime en dehors du champ d'application de ladite « *politique commune des transports* ». Son premier alinéa précise que « *Les dispositions du présent titre s'appliquent aux transports par chemin de fer, par route et par voie navigable* ». Incluant donc, éventuellement, les voies fluviales, aménagées et les étendues marines. Or, un deuxième alinéa met le transport maritime en attente et remet au Conseil des ministres de l'Union le soin de statuer : « *Le Conseil, statuant à l'unanimité, pourra décider si, dans quelle mesure et par quelle procédure, des dispositions appropriées pourront être prises pour la navigation maritime et aérienne* ». Cet article, *in fine*, semble

⁵⁵¹ Source : site europa

⁵⁵² Remond-Gouilloud M., *Droit maritime*, op. cit., p. 255

ouvrir une parenthèse, organisant l'attente. Cet article pourtant se trouvera au cœur de l'une des premières mesures de l'Union sur le terrain du droit maritime. Il s'agira d'un arrêt de la Cour de Justice intervenant contre l'usage ancien d'un Etat - la France – et de la volonté de ne pas modifier ses textes relatifs à la nationalité des équipages de ses navires. Il nous faudra très vite y revenir.

Il reste que le traité de Rome, à en juger par ce qui précède, a clairement l'air de considérer, donc, que la « navigation maritime » - qu'il ne qualifie pas de « transport » mais de « navigation » dans le second paragraphe de son article 84 - n'est pas soumise en tant que telle aux dispositions du traité relatives aux transports.

Que peut-il se cacher derrière une telle apparence d'hésitations, de mise en attente et de retenue ?

B. Les à-côtés de cette attribution de compétence.

Plusieurs raisons, particulièrement avouables, ont probablement disposé des termes indiscutablement prudents de cette attribution de compétence : on y découvre un peu d'embarras, l'indirect aveu d'une complexité.

D'abord il apparaît que les rédacteurs du Traité de Rome - un total, à l'époque, de six Etats - n'ont pas voulu, dans le domaine des transports les plus manifestement transfrontaliers, se départir de leur compétence. On pourrait peut-être en sourire aujourd'hui : la mondialisation redistribuant les cartes. Aux termes des dispositions que nous venons de citer, si des mesures appropriées peuvent être prises pour la navigation maritime, ces dites mesures doivent être adoptées par le Conseil. Le Conseil ce sont les Etats membres à travers les ministres. Il a pour mission de représenter les Etats membres.

Un autre début d'explication, pourrait se surajouter, sans doute, à ce que nous venons d'indiquer. La timidité des rédacteurs du Traité, jetant les fondements d'un édifice à naître, est peut-être à chercher, nous l'avons envisagé, dans le caractère international des transports maritimes. A ce titre, ils sont déjà réglementés par des institutions spécialisées des Nations unies, notamment l'Organisation maritime internationale, l'OMI. Les Etats membres, en tout cas, ne se sont pas à l'origine entendus sur de plus amples ou plus précises dispositions dans ce domaine : on leur devine un désir de ne rien brusquer.

Ces quelques éléments d'analyse, au besoin, pourraient se soutenir d'un constat : l'Union européenne, aujourd'hui plus vigoureuse, occupant une plus ample place au sein des nations du monde, a perdu sa timidité. Les dispositions ci-dessus sont sensiblement changées.

L'alinéa 2 de l'article 100 du TFUE, remplaçant l'article 80 du Traité CE (qui lui-même avait remplacé l'article 84) semble vouloir faciliter, même accélérer, la prise de décisions dans les domaines du transport maritime (et du transport aérien). Cet article est ainsi rédigé : « *Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir les dispositions appropriées pour la navigation maritime et aérienne. Ils statuent après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions* ». Cet article associe donc le Parlement européen au Conseil dans le processus décisionnel et allège la procédure en ne requérant plus la majorité qualifiée.

Section 2 : La naissance retardée du projet maritime

On ne pourra parler de projet maritime européen que de façon tardive. Trois décennies se seront écoulées depuis l'acte de naissance de la CEE, si l'on accepte de regarder comme une *première pierre*, un « Paquet maritime » de 1986. Dans un premier temps cependant, la future Union fera l'exercice de sa naissante autorité. Ce sera d'une part contre des droits nationaux contraires au droit communautaire originaire et qu'il s'agira de ramener dans le giron des traités (I). Ce sera par ailleurs en réaction contre des événements externes et dans un rapport défensif d'affirmation d'identité, de marquage de territoire (II)

I. Le droit maritime européen contre des droits nationaux.

Ramener divers droits nationaux regardant le domaine des transports vers la lettre et l'esprit des traités sera, par la voie judiciaire, une ambition des autorités de la Communauté. Deux affaires, extrêmement différentes l'une de l'autre, illustreront cet engagement. Dans l'affaire dite « des marins français », c'est la Commission européenne qui saisit la Cour afin d'effacer de vieilles prérogatives d'Etat (A). Dans l'affaire *Asjes* ce sont les transports aériens qui sont en cause (avec immédiate lisibilité pour le transport maritime) : il s'agit d'un problème d'entente sur les tarifs, pratique illégale aux termes du Traité de Rome et ce sont les juges nationaux, par le moyen d'un renvoi préjudiciel, qui saisiront le juge communautaire (B).

A. L'affaire dite « des marins français »,

L'Etat dont il s'agit, donc, se trouve être la France et nous avons déjà rencontré le problème posé par la nationalité pour les équipages de navires français. La législation française (article 3 du Code de travail maritime, article 221 du Code des douanes) disposait

que l'équipage d'un navire arborant le pavillon français devait, « *dans une proportion définie par arrêté du ministre chargé de la marine marchande, être français* ⁵⁵³ ». La France ayant omis de modifier sa réglementation pour accueillir les ressortissants de la Communauté, la Commission européenne, en 1973, la poursuit dans une action en manquement devant la Cour de justice. La France a notamment fait valoir que l'article 84 précité laissait en suspens le cas des transports maritimes. Un arrêt de la Cour de justice du 4 avril 1974⁵⁵⁴ a condamné la France pour n'avoir pas respecté les règles de libre circulation des travailleurs.⁵⁵⁵

La Cour pose le principe selon lequel, les transports maritimes sont au même titre que les autres modes de transport, soumis aux règles générales du Traité CEE. « *En vertu de l'article 84, paragraphe 2, les transports maritimes et aériens ne sont, tant que le conseil n'en a pas décidé autrement, soustraits qu'aux règles du titre IV de la deuxième partie du traité, relatives à la politique commune des transports. Il reste, au même titre que les autres modes de transport, soumis aux règles générales du traité* » et donc au principe de la règle de libre circulation des travailleurs qui sont ici des marins.

La France, traînera sensiblement les pieds pour en prendre acte. C'est en février 1996 que l'article 3 du Code de travail maritime entérinera la décision de la Cour de Justice en ce qui concerne les emplois de l'équipage.

L'exigence de citoyenneté française sera conservée de nombreuses années pour le capitaine et l'officier chargé de sa suppléance⁵⁵⁶.

Face à l'obstination de la France, la Commission européenne déposera, le 15 février 2007, un recours en manquement à l'encontre de la France. La France sera sanctionnée. « *Le 11 mars 2008, la Cour de justice des Communautés européennes sanctionne la France pour avoir maintenu dans sa législation « l'exigence de la nationalité française pour l'accès aux emplois de capitaine et d'officier (second de navire) à bord de tous les bateaux battant pavillon français* »⁵⁵⁷.

⁵⁵³ Article 3 du code de travail maritime.

⁵⁵⁴ CJCE 4 avril 1974, Aff. 167/73, Commission contre République française, Recueil, p. 359

⁵⁵⁵ Voir Annie Cudennec, *La libre circulation des travailleurs dans le domaine des transports*, collection Travaux de la CEDECE, La documentation française, 2005, p. 217-232.

⁵⁵⁶ Le Professeur Cudennec souligne le fait que la France « *justifie la dérogation au principe de non-discrimination par le fait que ces officiers, disposant de certains pouvoirs en matière d'État civil, détiennent des prérogatives de puissance publique. Ils peuvent établir des actes de naissance, des actes de décès, de mariage, ils peuvent réceptionner des testaments. En outre, le capitaine dispose de pouvoirs disciplinaires car il peut arrêter et enfermer une personne présente à bord, si une telle mesure est nécessaire pour garantir la sécurité du navire et de sa navigation* », Cudennec A., *La libre circulation des travailleurs dans le domaine des transports*, op. cit., 221-222

⁵⁵⁷ Cudennec A., *la France condamnée pour non respect du principe de libre circulation des capitaines de navires*, DMF 2008.693.

Ainsi que le relève le Professeur Cudennec, cette condamnation n'est absolument pas surprenante, elle « *s'inscrit dans le prolongement d'une jurisprudence communautaire désormais bien établie visant à lutter contre les pratiques discriminatoires des Etats membres de l'Union européenne, qui réservent à leurs seuls nationaux l'accès à l'emploi* »⁵⁵⁸

La France s'incline, adoptant le 7 avril 2008 une loi dont l'article premier modifiera l'article 3 du code du travail maritime. « *La loi du 7 avril 2008 consacre donc l'abandon de la réserve de nationalité au profit des ressortissants communautaires, de l'Espace économique européen ou de la Suisse. Cet abandon peut sembler quelque peu étonnant puisque le juge de Luxembourg ne sanctionne pas toute réserve de nationalité. Il ne condamne cette réserve que si l'exercice par le capitaine ou le second de la fonction de représentant de l'Etat du pavillon s'avère occasionnel ou insignifiant. On aurait dès lors pu imaginer que la loi française intègre strictement la jurisprudence communautaire et maintienne la réserve de nationalité dans l'hypothèse où le capitaine ou son second exerce des prérogatives de puissance publique de manière non occasionnelle. [...] Mais le législateur, prudent, a estimé que, même à bord de ces navires, le capitaine n'exerce pas de manière habituelle des prérogatives de puissance publique. Il a préféré ne pas distinguer selon la navigation concernée, afin d'éviter tout risque de sanction par le juge communautaire* ». ⁵⁵⁹

Au demeurant, la loi du 7 avril 2008 est intervenue un peu moins d'un mois après la condamnation de la France par la Cour européenne, il est donc manifeste que la France avait bien l'intention, même en l'absence d'une telle condamnation, de « *concilier ses obligations communautaires avec le maintien de la sécurité à bord des navires battant pavillon français* »⁵⁶⁰.

Il est assuré que, sur le fond, l'Europe s'est imposée. Victoire un peu formelle estimera-t-on puisqu'un équipage entièrement français sous les ordres d'officiers français n'est en rien moins légal qu'avant. La victoire européenne est dans l'écriture du droit. La possibilité d'être *candidats* se trouve offerte à d'autres.

B. L'affaire Asjes.

Dans le cadre d'un renvoi préjudiciel et douze ans plus tard, la Cour de Justice des Communautés Européennes réaffirmera que le transport maritime et le transport aérien,

⁵⁵⁸ Ibid.

⁵⁵⁹ Ibidem

⁵⁶⁰ Ibidem

quelque dérogatoire que soit leur statut, restent « *soumis aux règles générales du traité* ». La Cour se prononce ici, en matière de concurrence, dans un arrêt⁵⁶¹ du 30 avril 1986. Cet arrêt, dit Asjes, est relatif aux tarifs du transport aérien et pose le principe de l'application aux transports aériens des règles de concurrence du Traité en tant que règles générales applicables à toutes les activités économiques.

Dans cette affaire plusieurs compagnies aériennes et agences de voyages, dont Nouvelles Frontières, étaient poursuivies par le tribunal de police de Paris pour avoir vendu des billets d'avion en dessous du tarif officiel. La Cour de Justice des Communautés Européennes sera saisie d'une question préjudicielle par ce tribunal afin qu'elle examine la conformité des articles du code français de l'aviation civile à la règle communautaire et qu'elle se prononce sur l'applicabilité des règles européennes de concurrence au transport aérien.

Pour la Cour si la navigation aérienne est exclue de la politique commune des transports par l'article 84 il n'en reste pas moins qu'elle n'échappe pas aux dispositions générales du traité « *Il est contraire aux obligations imposées aux États membres par l'article 5 du traité, lu en combinaison avec les articles 3, sous f), et 85, notamment paragraphe 1, du même traité, d'homologuer des tarifs aériens et d'en renforcer ainsi les effets, lorsque, en l'absence d'une réglementation adoptée par le Conseil sur la base de l'article 87, il est constaté, dans les formes et selon les procédures indiquées à l'article 88 ou à l'article 89, paragraphe 2, que ces tarifs sont le résultat d'un accord, d'une décision d'association d'entreprises ou d'une pratique concertée contraire à l'article 85.* »

En l'absence de réglementation spéciale dérogatoire les dispositions du traité relatif à la concurrence se doivent d'être appliquées au transport aérien. Certes cet arrêt a été rendu en matière aérienne mais sa portée vaut également pour les transports maritimes.

II. Le droit maritime européen contre les pratiques externes

Il semble que l'obligation faite à l'Europe de se positionner sur le terrain du droit maritime ait été, pour une part au moins, le fait de la concurrence des pays de l'est (A). L'obligation de recevoir en tant que *Communauté* le texte international de la CNUCED, le *Code de conduite des conférences maritimes* a eu le même effet de stimulation (B).

⁵⁶¹ CJCE 30 avril 1986, Aff. Jointes 209 à 213/84, Ministère public c/ ASJES et autres, Recueil, p. 1425

A. La concurrence des pays de l'est.

Cette concurrence est peut-être bien ce qui incita l'Europe à se donner des préoccupations maritimes. « *La première décision prise par le Conseil en matière maritime, premier cas d'application de l'article 84-2 du traité de CEE, est intervenue en 1977- près de vingt ans après l'entrée en vigueur de ce traité*⁵⁶² ». Le Conseil, par une décision⁵⁶³ du 17 septembre 1977, lance une consultation relative aux relations maritimes existant entre les Etats membres et des pays tiers⁵⁶⁴ : l'objectif est de se positionner par rapport à la concurrence activée des pays de l'est. Il s'agit ici de se défendre en réagissant contre une menace à caractère essentiellement commercial. Or il est permis de penser que diverses mesures en matière de sécurité de la navigation présentent aussi quelque rapport, à l'origine, avec cette concurrence à contenir : les standards de sécurité des navires, à l'est, étant souvent d'un niveau plus modéré. C'est ainsi qu'une « [...] directive⁵⁶⁵ du 21 décembre 1978 (...) précise les conditions minimales exigées pour les navires citernes entrant dans les ports de la Communauté⁵⁶⁶ »

Quoi qu'il en soit, le Conseil invite également les Etats membres, au moyen de recommandations (non contraignantes), à ratifier les conventions relatives à la sécurité des transports maritimes. Ainsi se trouvent esquissées - pour le moins - les deux principales voies de l'action maritime de l'Europe :

- une politique économique de prise en charge du territoire marin, qui s'inscrit dans la logique de la réalisation du *marché commun* (dont nous reparlerons plus tard),
- une politique de préservation qui, plus tard, se souciera non seulement de la sécurité, de la sûreté, mais aussi de la lutte contre la détérioration du milieu marin.

⁵⁶² Bonassies P., Scapel Chr. *Droit maritime*, op. cit., p. 89.

⁵⁶³ Décision 77/587/CEE du Conseil, du 13 septembre 1977, instituant une procédure de consultation en ce qui concerne les relations entre États membres et pays tiers dans le domaine des transports maritimes ainsi que les actions relatives à ce domaine au sein des organisations internationales, JOCE L 239 du 17/09/1977 p. 23 - 24

⁵⁶⁴ Dans ses considérants, le conseil fait valoir à ce propos qu'« *En prévision des développements intéressants les transports maritimes sur le plan mondial et de leurs conséquences pour les États membres, il est souhaitable d'identifier en temps opportun les problèmes d'intérêt commun concernant les relations dans le domaine des transports maritimes entre États membres et pays tiers ainsi que les actions relatives à ce domaine au sein des organisations internationales; [...] il est souhaitable de faciliter les échanges d'information et les consultations dans le domaine en question et de favoriser, le cas échéant, une coordination des actions des États membres au sein des organisations internationales; [...] il importe que chaque État membre fasse bénéficier les autres États membres et la Commission de l'expérience qu'il a acquise dans ses relations avec les pays tiers en matière de transports maritimes* ».

⁵⁶⁵ Appartenant *lato sensu* au domaine de la Loi, la directive est l'une des sources européennes (v. plus loin).

⁵⁶⁶ Bonassies P., Scapel Chr. qui citent le Journal officiel européen du 19 juillet 1978. Il faut préciser qu'une autre circulaire *de sécurité* du même jour - étrangère à tout souci de limitation de la concurrence - arrête les conditions qui sont exigées en Manche et Mer du nord d'un pilote hauturier.

B. La gestion européenne du code de conduite des conférences maritimes.

C'est pour prendre en compte une initiative extérieure et *marquer son territoire* à nouveau que la Communauté exerce ici ses prérogatives auprès des Etats membres.

En 1974, la *Convention portant code de conduite des conférences*⁵⁶⁷ maritimes est signée à Genève. Une conférence maritime est une entente entre armateurs en vue de limiter les effets de la concurrence. Une telle entente, ordinairement interdite en droit terrestre, est admise en droit maritime au motif que ses avantages ont plus de poids que ses inconvénients. Les inconvénients se situent dans les taux de fret, élevés parce qu'ils ne sont pas muselés par la concurrence. Et les avantages, en matière de desserte de ports excentrés, de survie des « petits » face aux plus gros, l'emporteraient largement⁵⁶⁸. Au-delà des règles de déontologie que son titre annoncerait, la *Convention portant code de conduite des conférences maritimes*, inspirée par la CNUCED, prévoit, en pourcentages, une répartition des volumes transportés sur une ligne régulière entre deux pays : 40% pour les navires de l'un, 40% pour les navires de l'autre et 20% pour des navires battant pavillon de pays tiers.

Il s'agit d'accords entre Etats. « *Le Code de conduite prévoit la répartition des trafics selon un critère national. Or, dans la Communauté européenne, le principe est celui de la non-discrimination entre les entreprises des Etats membres. L'adhésion au Code de conduite, tel qu'il était rédigé, aurait donc certainement été contraire aux fondements mêmes de la Communauté.*⁵⁶⁹ ». La Communauté européenne, quoi qu'il en soit, ne pouvait s'offrir d'être ignorée.

Comme le précise le professeur Chaumette, une telle répartition des trafics selon la nationalité des compagnies est « *contraire aux objectifs du traité de Rome, la constitution du marché commun imposant l'égalité de traitement des ressortissants communautaires* ». ⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Larousse, opportunément, dit le sens étymologique, oublié dans l'emploi courant, du mot *conférence* : il vient du latin *conferre* qui signifie *réunir*.

⁵⁶⁸ La France a longtemps suivi des politiques inspirées des mêmes considérations, réservant certaines lignes aux navires battant pavillon français (*navigations réservées*), certaines marchandises aussi comme les hydrocarbures (*transports réservés*).

⁵⁶⁹ Bonassies P., Scapel Chr. *Droit maritime*, op. cit., p. 223.

⁵⁷⁰ Chaumette P., *Droits maritimes*, op. cit., p.168

Pour cette raison un règlement⁵⁷¹ du conseil des communautés adopté le 15 mai 1979, invitant les Etats membres à adhérer ou à ratifier ce code⁵⁷², prévoit « *des aménagements, aux fins de communautariser la part attribuée à un État membre* »⁵⁷³

Dans ce règlement, le Conseil des communautés⁵⁷⁴ faisant prévaloir précisément la notion de Communauté, demandait aux Etats membres envisageant la ratification du Code, une inscription d'une double réserve : il n'y aurait pas d'application du Code à la navigation intra-communautaire et le total des parts de transports attribuées par le Code aux Etats de la Communauté feraient l'objet d'une mise en commun. La possibilité d'étendre ce mode de ratification, modifié donc sur ces points essentiels, à l'ensemble des pays de l'OCDE⁵⁷⁵ figure au règlement du 17 mai – sans doute à la suggestion de l'OCDE.

Au total, relève le Professeur Chaumette, le code de conduite des conférences maritimes n'a pas rencontré le succès escompté, ceci parce que « *tous les Etats membres n'ont pas ratifié ce code de conduite ; il en est de même de nombreux états tiers* »⁵⁷⁶ ; cette adhésion au demeurant n'avait pas de caractère obligatoire, « *dans la mesure où le règlement 954/79 ne fixe aucun délai d'adhésion* »⁵⁷⁷.

Sans doute aperçoit-on que tout ceci reste, au total, assez modeste. Or, sur le terrain maritime, une politique européenne allait peu à peu se former, prenant de l'importance au gré de l'essor très net, rempli de puissance et de fragilités, que connaît la Communauté. Nous dégagerons les grandes lignes de la politique maritime de la Communauté dont certains retentissements sont planétaires. Il reste que cette politique maritime européenne, admise peu à peu par le plus grand nombre, est à situer dans un tout. Le droit maritime est à mettre en rapport avec le droit général que produit la Communauté - l'Union européenne aujourd'hui - qui bouleverse en profondeur les chemins traditionnels du droit, s'appropriant largement les sources. Quelque favorable sentiment que l'on nourrisse à son endroit, il est difficile de s'interroger sur les risques auxquels le droit s'expose aujourd'hui sans apercevoir les défis qui

⁵⁷¹ Règlement CEE /954/79 du 15 mai 1979 concernant la Ratification par les États membres de la convention des Nations unies relative au code de comportement pour les conférences maritimes ou l'adhésion de ces États à la convention, JOCE n° L121 du 17 mai 79, p. 1.

⁵⁷² Dans ces considérants, le Conseil souligne qu' « *il importe que les États membres ratifient ce code ou y adhèrent sous réserve de certains arrangements prévus par le présent règlement* »

⁵⁷³ Chaumette P., *Droits maritimes*, op. cit., p.169

⁵⁷⁴ Lequel deviendra donc le Conseil de l'Union européenne.

⁵⁷⁵ L'OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Economiques) était à l'origine une association de pays européens bénéficiant du plan Marshall. Par élargissements successifs, elle englobe une trentaine d'Etats de nos jours (Europe, Etats-Unis, Canada, Japon)

⁵⁷⁶ Chaumette P., *Droits maritimes*, op. cit., p.167

⁵⁷⁷ Ibid.

sont semés dans cet édifice européen non encore achevé. Certes, on en ferait des livres et nous nous devons à la brièveté...

Chapitre 2 : La mise en œuvre d'une politique maritime

Notre propos doit à présent nous conduire à revenir vers *les sources du droit*, qui jaillissent ici sur un terrain nouveau (Section 1). Les grandes lignes de l'action communautaire initiale en matière maritime apparaîtront dans cet éclairage (Section 2).

Section 1 : Des sources sur un terrain nouveau.

Nous aurons, dans les développements qui suivent à prendre en compte un visage un peu changé de certaines sources. Il est donc bon de rappeler cependant que les sources du droit, pour être déplacées sur le terrain de l'UE, ne deviennent pas *autre chose*. Les sources dont il s'agit ici relèvent des mêmes approches – et le discours qu'on peut tenir à leur propos, des mêmes rectifiables ambiguïtés – que ce que nous avons précédemment rencontré. S'il faut en croire un document concernant le traité de Rome, élaboré en 2002 par *l'Institut pour la démocratie en Europe*⁵⁷⁸, la Communauté est « *une nouvelle source de droit* », le texte précisant que « *la Communauté est une source de droit à cinq niveaux* », citant le droit dit « originaire » des traités, le droit dérivé, les lois communautaires, les directives et recommandations, les décisions administratives.

Il doit être entendu que le mot « *source* » apparaît ici, non pas dans son acception juridique (et qui est le sens propre originel) mais au sens général et familier qui dit la genèse et l'antériorité : La Communauté⁵⁷⁹ produit du droit comme en produit l'appareil d'Etat, comme en produit l'accord international ou comme un flanc de colline, en bas, produirait un jaillissement de ruisseau. Dans le sens général des mots que nous trouvons ici, que nul ne peut condamner, l'expression « source de droit » désignerait la mère du droit.

Dans le sens juridique, ancien mais particulièrement conforme à la vocation du lexique et qu'il est impensable de mettre à l'écart, une expression comme « source du droit » (fons juris, fontaine de droit) désigne uniquement l'enfant, la forme engendrée du droit : la loi, la coutume ou la jurisprudence ou la doctrine etc.

Distinguera-t-on nos deux « sources » en ajoutant selon le sens le qualificatif qui précise chacun des sens ? On pourrait, dans le sens juridique du mot parler de « sources captées » (capter c'est ici recueillir, assurer son approvisionnement : d'eau, de droit). Dans le second sens devenu général, on pourrait parler de « sources génératrices » (avec l'idée de

⁵⁷⁸ *Présentation et analyse du Traité de Rome*, source : Institut pour la démocratie en Europe

⁵⁷⁹ Et aujourd'hui l'Union européenne

genèse). Dans cet esprit nous pourrions clairement convenir que la Communauté est une source génératrice de droit. Dans le sens juridique du mot (ce sens propre originel un peu délaissé par l'usage établi)⁵⁸⁰, la Communauté (l'Union) faute d'être une forme de droit, n'est pas une « source du droit ». Mais elle abonde, en cinq différentes façons - si l'on s'en tient au texte qui précède - une source unique du droit : la loi *lato sensu*. Elle abonde encore, au-delà de ceci, quelques autres sources, également classiques et cependant singularisées par leur rencontre avec l'Europe et riches en cela d'intérêt. Certaines sont peu changées.

Le droit maritime et l'épreuve de ses sources. Tel est notre propos. Deux considérations l'éclaireront dont la première est pleinement vérifiée dans le droit de l'Europe. Et la seconde est déduction. La première observation c'est que l'épreuve des sources est loin de se contenir dans quelque altération, multiplication, transformation de ces sources. Il est surtout dans la modification du rapport de forces entre ceux qui veulent les contrôler. La seconde observation c'est que le droit maritime, un secteur du droit général, est tributaire en toute nécessité de la nouvelle donne : il y est soumis. Nous partirons toujours de considérations générales, observant en regard la situation du droit maritime. Le droit de la Communauté, ou de l'Union selon l'époque, se proposant d'établir, à largeur de terrain, de suffisantes uniformités du droit, pénètre et pétrit le droit national des Etats. De toutes les sources qu'il est possible de distinguer – partant par exemple comme nous l'avons fait de la classification proposée par le Professeur Jestaz – nous ne retiendrons que celles qui, portées dans le champ de l'Union européenne, prennent un air sensiblement nouveau. Nous qualifierons de sources majeures celles dont le rôle est indiscutablement prépondérant (I). Des sources plus discrètes attireront aussi notre attention (II). Ceci nous conduira à constater l'indubitable puissance des sources communautaires du droit maritime (III).

I. Les sources majeures.

Deux sources, indiscutablement, tiennent le haut du pavé dans le droit de l'Union : la loi *lato sensu* que l'on peut toujours regarder, semble-t-il, comme une source reine (A) mais aussi, la talonnant aujourd'hui de près, la jurisprudence (B).

A. La loi *lato sensu*

⁵⁸⁰ Nous tâcherons de n'utiliser le mot source que dans ce sens originel de « point d'eau », de réserve de droit.

Elle constitue de toute évidence un ensemble à plusieurs entrées. Cet ensemble, en tant que tel, couvre donc une réalité comparable à celle que l'on rencontre en droit français⁵⁸¹ mais différente et distinguant deux volets essentiels : le droit communautaire originaire et le droit dérivé qui ne se rattache au strict domaine de la loi que partiellement.

- Nous ne dirons rien de neuf, ici, du droit communautaire originaire écrit dans les Traités successifs, repris et modifié par ces mêmes Traités, depuis Rome en 1957 jusqu'à Lisbonne en 2009 en passant par l'Acte unique en 1986 et Maastricht en 1992. Les diverses dispositions se rassemblent en deux textes essentiels : d'une part le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁵⁸² (TFUE) qui est le Traité de Rome aménagé progressivement. D'autre part le Traité sur l'Union européenne (TUE)⁵⁸³ est à proprement parler le Traité qui donne sa forme à l'Union européenne en lui assignant ses objectifs. Si l'on retient que ces deux synthèses réunies ne forment pas une Constitution véritable... on sera tenté de penser que le droit de l'Europe est sur le bas-côté du schéma de Kelsen.

Le droit dérivé comprend les actes unilatéraux et les actes conventionnels.

- Les actes unilatéraux sont organisés à l'article 288 du TFUE (ex-article 249 TCE).

Il dispose que:

Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis.

Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre.

La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci.

Les recommandations et les avis ne lient pas. Nous allons y revenir.

- Les actes conventionnels peuvent être internationaux ou interinstitutionnels.

Ainsi l'article 216 du TFUE (ex-article 300-7 CE) précise-t-il que « 1. *L'Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales lorsque*

⁵⁸¹ On se rappellera que la hiérarchie des normes appliquée au droit français distingue habituellement, dans l'ordre descendant : le bloc de constitutionnalité, le bloc dit de conventionalité (traités internationaux), le bloc de légalité (loi *stricto sensu*), les Principes généraux du droit, le domaine du règlement (décrets et arrêtés), les actes administratifs (circulaires et directives).

⁵⁸² Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, du 30 mars 2010, JOUE C 83

⁵⁸³ Version consolidée du Traité sur l'Union européenne, du 30 mars 2010, JOUE C 83

les traités le prévoient ou lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités, soit est prévue dans un acte juridique contraignant de l'Union, soit encore est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée. 2. Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres ».

L'article 295 du TFUE (ex-article 218 CE) dispose quant à lui que «*Le Parlement européen, le Conseil et la Commission procèdent à des consultations réciproques et organisent d'un commun accord les modalités de leur coopération. À cet effet, ils peuvent, dans le respect des traités, conclure des accords interinstitutionnels qui peuvent revêtir un caractère contraignant* ».

Dès son intervention sur le terrain maritime – un peu tardive ainsi que nous l'avons vu – le Conseil utilise à peu près tous ces instruments :

C'est par un *règlement* du 15 mai 1979 qu'il dicte aux Etats soucieux de ratifier la *Convention portant code de conduite des conférences maritimes* les exigences d'écriture auxquelles ils devront se plier. Les règlements tiennent, dans l'ordre des textes européens, la place de la loi *stricto sensu* ; ils sont publiés au Journal officiel.

C'est par une directive du 21 décembre 1978⁵⁸⁴ qu'il définit les compétences exigibles des pilotes hauturiers. Au vu de cette directive, la France par un décret du 2 mai 1979⁵⁸⁵ créera son certificat de pilote hauturier, lui ouvrant deux spécialités distinctes : ou bien Manche et Mer du Nord ou bien zone Baltique. Précisons que les directives européennes exigent d'être transposées dans les droits internes des Etats dans des délais qu'elles indiquent elles-mêmes.

C'est par une décision du 13 décembre de 1977⁵⁸⁶ que le Conseil mobilisa divers Etats pour une consultation sur la concurrence maritime extérieure.

A côté de la loi, gagnant ses galons dans l'enfilade des jours, la jurisprudence.

B. La jurisprudence.

⁵⁸⁴Directive 79/115/CEE du Conseil, du 21 décembre 1978, relative au pilotage des navires par des pilotes hauturiers opérant dans la mer du Nord et dans la Manche, JOCE L 33 du 8 février 1979, p. 32

⁵⁸⁵Décret n°79-354 du 2 mai 1979 portant institution du certificat de pilote hauturier, JORF du 8 mai 1979 p.1079

⁵⁸⁶Décision du Conseil 77/587/CEE du 13 septembre 1977, instituant une procédure de consultation en ce qui concerne les relations entre États membres et pays tiers dans le domaine des transports maritimes ainsi que les actions relatives à ce domaine au sein des organisations internationales, JOCE L 239 du 17 septembre 1977, p. 23-24

Le terme jurisprudence est polyvalent pour cette raison que la réalité qu'il désigne est diverse. Un droit qu'on trouve au pied du mur, avons-nous dit plus avant. La jurisprudence européenne (entendons par là celle qui peut se rencontrer dans les Etats membres) est ambivalente de ce fait : si l'on regarde les pays de droit romain, puis les pays de *common law*, les réalités sont différentes et, peut-on dire, opposées. La jurisprudence de la Communauté, ou de l'Union européenne, est différente à nouveau. « *Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence, un méridien décide de la vérité.* » disait Pascal⁵⁸⁷.

Disons-le d'entrée de jeu : l'eupéanisation des sources du droit représente une authentique remise en question de divers schémas juridiques. Or rien ne sera plus significatif à ce titre que la montée en puissance de la jurisprudence européenne, élément clé de la construction de la Communauté puis de l'Union.

On pourrait en effet soutenir, en droit français, que, lorsque la jurisprudence « *fait la loi* », la jurisprudence est hors-la-loi. Le juge est pris en tenaille entre les articles 4 et 5 du Code civil.

L'article 4 dispose que « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». Et, selon l'article 5, « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* »⁵⁸⁸. Il ressort de ceci, si l'on force un peu le trait, que le juge est tenu de juger même à défaut de la loi mais qu'il ne peut, pour juger, solliciter que la loi.

Il est indéniable que les juges fixent le sens de la loi bien au-delà de ce qui relève de l'interprétation. C'est ainsi que le Doyen Carbonnier, rappelant la rareté des textes administratifs au XIX^e siècle, affirme que « *le droit administratif a été, pour une large part, créé par la jurisprudence du Conseil d'Etat* »⁵⁸⁹. Pareillement, les bourgeois du Code de la route français sont à découvrir, entre les deux guerres, en parcourant la jurisprudence de la

⁵⁸⁷ Pascal B. *Les Pensées III*, 8, édit. Havet. Cité par le dictionnaire Littré qui fournit le sens étymologique du terme jurisprudence : « *connaissance du droit*, « *Lat. jurisprudentia, de jus, juris, le droit, et prudentia, connaissance* ».

⁵⁸⁸ En dépit de la clarté lexicale du Code civil et vu l'évolution de sens de certains termes depuis 1803 (le terme *règlementaire* appelant notamment d'autres interprétations), quelques mots d'explication pourront servir ici. Nous les empruntons au Doyen Carbonnier. « *Dans l'organisation judiciaire de l'ancienne monarchie, les Parlements, qui étaient des juridictions supérieures, pouvaient prendre des arrêts de règlement : des décisions qui, bien que prises à l'occasion d'un procès particulier, avaient une autorité au-delà (le Parlement déclarait qu'il déciderait de même dans les affaires qui, à l'avenir, porteraient sur la même question). Dans la logique de la séparation des pouvoirs selon Montesquieu, la codification napoléonienne voulut prévenir tout empiètement du judiciaire sur le législatif : l'article 5 du Code civil défendit aux juges de statuer par voie de disposition générale et réglementaire.* » Autrement dit, de s'autoriser de la jurisprudence. Voir Carbonnier J., *Droit et passion du droit sous la V^e République*, éditions Flammarion Champs essais 1996, pages 58 et 59.

⁵⁸⁹ Carbonnier J., op. cit., p. 58

Cour de Cassation. « *Il ne faut pas se voiler la face : tout développement de la jurisprudence s'accomplit par érosion du principe de légalité*⁵⁹⁰ ».

Faut-il alors apercevoir dans l'actuel épanouissement de la jurisprudence, un signe indicatif de cette érosion ? « *La montée en puissance de la jurisprudence constitue à coup sûr, pour un juriste français, le phénomène majeur de l'époque contemporaine et d'autant plus frappant qu'inattendu* » souligne le Professeur Jestaz⁵⁹¹. Sa qualité de source du droit lui est de plus en plus rarement discutée.

Deux observations pourraient se greffer là-dessus.

La première observation : ce n'est pas de droit, pourrait-on penser, que la jurisprudence est source du droit. Non pas de droit mais de fait. Par une sorte d'écart entre la théorie et la pratique, entre ce que le droit proclame et ce qui doit s'accomplir en son nom.

La seconde observation, qui se nourrit aussi de ce qui précède, c'est que la jurisprudence en droit français se range – ou plus exactement se rangeait par exacte définition - dans les catégories du droit souple. Elle est, dans le principe toujours, une source captée du droit qui engage vers tel chemin, son inobservation n'expose à nulle sanction, dans le sens où ce mot désigne une action répressive. On sait que, dans la lettre toujours, l'article 5 du Code civil la condamne à ne jouer, pour le mieux, qu'un rôle effacé de modestie. Elle est douée, nonobstant, d'une indéniable puissance efficace.

Or c'est ici l'un des points les plus manifestes où l'eupéanisation des sources entraîne une évidente remise en cause – et sans qu'on se soucie moindrement que les apparences soient préservées – des logiques du droit français.

S'agissant de la jurisprudence de l'Union européenne, elle est le moyen d'affiner le droit parfois peu précis qui lui sert d'assise, qu'il soit *originaire* ou *dérivé*. Cette jurisprudence se nourrit des arrêts de la Cour de justice et plus récemment des arrêts du Tribunal de première instance et même des arrêts du Tribunal de la fonction publique. Elle permet d'assurer une interprétation uniforme des traités.

C'est ainsi que l'arrêt du 4 avril 1974, que nous avons déjà évoqué - qui condamne la France pour n'avoir pas modifié sa législation relativement à la nationalité des équipages de navires - est venu clarifier, bien avant les règlements du Conseil de décembre 1986, un point du Traité de Rome en relation directe avec le droit maritime. A la France, défenderesse, invoquant l'article 84 alinéa 2 du Traité, la Cour opposa les «*règles générales du Traité*» et notamment que «*la libre circulation des personnes et, en particulier, des travailleurs*

⁵⁹⁰ Ibid.

⁵⁹¹ Jestaz Ph., op. cit., p. 61

constitue, ainsi qu' il ressort à la fois de l' article 3, littera c, du traité et de la place des articles 48 à 51 dans la deuxième partie de ce dernier, un des fondements de la communauté » et « qu'elle implique, selon l'article 48, paragraphe 2, l' abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité, quelle qu'en soit la nature ou la gravité, entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail ».

Ce faisant, la Cour de justice ne crée pas le droit qui est celui du Traité de Rome. Elle impose une lecture et cette lecture de la Cour – fût-elle en vérité la plus logique – est une interprétation. Pour autant le jugement vaut, bien au-delà du cas français, comme un éclaircissement qui impose son autorité. La France a donc été condamnée. Nous l'avons vu.

Au plan de la jurisprudence il est encore indispensable, afin de mesurer l'écart avec le droit français, de parler de la question préjudicielle.

On parlera de *question préjudicielle* (ou de *renvoi préjudiciel*, cette deuxième expression se trouvant d'emploi très courant quand il s'agit d'une démarche auprès de la Cour de justice), lorsqu'un juge, avant de statuer, de son initiative ou sur la demande de l'une des parties, sollicite un autre juge afin qu'un point de droit soit éclairci. Ce sera notamment le cas lorsqu'un juge administratif doit solliciter le juge judiciaire (ou vice versa). Nous estimerons qu'il s'agit ici, plus que d'une question de jurisprudence, d'une question de procédure, d'une règle d'organisation de l'action en justice. La réponse adressée par le juge sollicité s'impose au juge solliciteur.

Il en va différemment des demandes d'avis reçues par la Cour de Cassation ou le Conseil d'Etat. Ces démarches, rendues possibles par des réformes survenues dans les dernières années du siècle précédent, sont « *venues conférer au Conseil d'Etat puis à la Cour de cassation des missions de politique jurisprudentielles*⁵⁹² ». Ces avis sont non contraignants de droit mais efficaces de fait, ce sont des démarches essentiellement consultatives ayant pour objet la clarification de questions de droit récemment survenues, susceptibles à moins d'être d'un embarras récurrent.

Tout juge national, rencontrant dans le traitement d'un litige une norme européenne à la signification qu'il (ou elle) estime imprécise ou dont la validité lui paraît mal assurée peut saisir la Cour de justice pour obtenir son arrêt en interprétation ou, le cas échéant, son arrêt d'appréciation de validité.

Ce juge doit surseoir à statuer dans l'attente de la réponse.

⁵⁹² Carbonnier J., op. cit., p. 59.

Il faut souligner que, dans les mêmes conditions, l'opportunité de renvoi préjudiciel devient obligation dès lors que le juge, au plan national, statue en dernier ressort⁵⁹³. L'interprétation que le juge national reçoit de la Cour de justice s'impose à lui de façon définitive et contraignante.

La Cour de cassation joue le jeu. Nous aurons à y revenir à la faveur d'un litige de droit maritime opposant la compagnie Corsica Ferries au port de Bastia. Les droits de port exigés des navires de passagers desservant l'Italie étaient très supérieurs aux mêmes droits payés par les navires à destination de la France. En conséquence de quoi l'armateur Corsica Ferries, qui exploitait trois navires entre la Corse et certains ports italiens, assigna l'administration des douanes en restitution des taxes indûment perçues.

Déboutée en première instance et en appel, la société Corsica Ferries décida de se pourvoir en cassation. La Cour de cassation décida de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice se prononce sur cette question: *"Le traité, et notamment ses articles 59, 62 et 84, doit-il être interprété en ce sens qu'un Etat membre est autorisé à percevoir, à l'occasion de l'utilisation, par un navire, d'installations portuaires situées sur son territoire insulaire, lorsque les passagers proviennent de ports sis dans un autre Etat membre ou se dirigent vers ceux-ci, des taxes lors du débarquement et de l'embarquement des passagers, alors que, dans le cas d'un transport entre deux ports situés sur le territoire national, ces taxes ne sont perçues que pour l'embarquement au départ du port insulaire?"*.

La Cour de justice a jugé le 13 décembre 1989⁵⁹⁴ que l'entrée en vigueur du règlement du Conseil du 22 décembre 1986⁵⁹⁵ ne permettait plus cette diversité de taxation. Les juridictions françaises en ont pris note.

On peut juger que la Cour, maçon d'un mur qui se construit brique à brique, avance pas à pas, consolidant et précisant le principe de primauté⁵⁹⁶. On pourra citer à titre d'exemples l'illustrant les arrêts Simmenthal du 9 mars 1978⁵⁹⁷ et Francovich du 19 novembre 1991⁵⁹⁸.

⁵⁹³ Voir article 267 b) du TFUE (ex article 234 du TCE) « *Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice* ».

⁵⁹⁴ CJCE, 13 décembre 1989, Corsica Ferries France c/ Direction générale des Douanes françaises, Affaire C-49/89, Recueil 1989, p.4441

⁵⁹⁵ Règlement CEE/4055/86 du Conseil du 22 décembre 1986 portant application du principe de la libre prestation des services aux transports maritimes entre États membres et entre États membres et pays tiers, JOCE 378 du 31 décembre 1986 p. 1-3

⁵⁹⁶ Nous présenterons ce principe dans de prochains développements.

⁵⁹⁷ CJCE, 9 mars 1978, Administration des finances de l'Etat c/ société anonyme Simmenthal, Affaire 106/77 Recueil 1978 p.629

⁵⁹⁸ CJCE, 19 novembre 1991, Francovich et Bonifaci, Affaire j. C-6/90 et C-9/90, Recueil de 1991 page I-05357

On relèvera que la consécration de la jurisprudence au sein des droits légiférés - quelque dépit qu'en aient le Code civil qui dénie au juge le droit de l'utiliser, ou la Constitution qui prétend l'ignorer⁵⁹⁹ - n'est pas rigoureusement propre à l'UE, «[...] *qu'on le veuille ou non, la jurisprudence ne cesse de globalement se renforcer* » soutient le Professeur Jestaz⁶⁰⁰ qui, à côté de la Cour de justice cite le Conseil constitutionnel français, réunissant les deux juridictions sous l'appellation de « *juridictions nouvelles* ».

Est-ce un signe avant-coureur d'une remise en cause en profondeur du droit maritime que nous connaissons, d'un proche avènement de ce qu'on pourrait appeler « *la loi des juges*⁶⁰¹ » ? Or cela ne serait toujours pas la mort du droit mais... une mutation susceptible d'invalider peu à peu le discours du Contrat Social.

Au quotidien, la jurisprudence prend autorité sur le droit de l'Union notamment, nous le verrons plus loin, sur le droit maritime. Or d'autres sources, à plus modeste carrure, ont un visage un peu changé dans le droit de l'Union.

II. Des sources plus discrètes.

Il s'agit de deux sources aisément distinguées. L'une, en principe est neuve et l'autre est par essence ancienne, or elles trouvent ici, dans le droit de l'Union européenne, bonne part d'originalité : le droit souple et la coutume. La rencontre avec les sources du droit de l'Union européenne est une bonne opportunité de caractériser ce que les Anglo-Saxons désignent sous le vocable de *soft law*, que nous appellerons droit souple ou droit mou (A). La coutume, invoquée par la Cour de justice, celle du droit public international, étend son rôle au commerce international (B).

A. Le droit souple.

La notion de droit souple - ou droit mou - se répand, ressenti comme un droit paradoxal, un droit qui n'est pas obligatoire alors qu'un usuel attribut du droit se situait dans sa capacité de contraindre. Au moins le doute est-il ici levé. Chacun s'apercevra de prime abord qu'il ne convient pas de ranger les recommandations de l'Union européenne dans le cadre de la loi *lato sensu* puisque aux termes de l'article 288 du TFUE (ex- article 249 du TCE), cité ci-dessus, « *les recommandations et les avis ne lient pas* ».

⁵⁹⁹ La Constitution ne cite jamais qu'une seule source : la loi *lato sensu* (loi + règlement)

⁶⁰⁰ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, op. cit. p. 64.

⁶⁰¹ M. Jestaz rapporte le jugement de Frédéric Zenati qui parle de « *jurisprudence législative* », in *Les Sources du droit*, op. cit. p. 66

Si la Loi, sans les liens d'autorité de la Loi, paraît difficile à concevoir, il est sûr que la règle de droit, nous l'avons vu, ne se réduit pas à cette Loi *lato sensu*, qu'une tendance à dissocier la règle et la contrainte (estompant, pour le moins par endroits, le rôle de la contrainte exercée par la puissance publique) est aujourd'hui détectable : une règle est de droit dès lors qu'elle est édictée par les pouvoirs législatifs ou réglementaires.

Les recommandations, les avis, sont donc des règles de droit mais pas des lois. Nous devons les situer dans le champ du droit souple : un champ que nous avons aperçu, dont on parle beaucoup mais depuis peu, dont l'arpentage et le bornage, aussi délicats qu'incertains, sont loin d'être achevés. C'est ce que reflète le jugement des professeurs Emmanuelle Claudel et Béatrice Thullier, s'exprimant en préambule d'un colloque sur le droit mou codirigé par elles : « *l'expression « droit mou » désigne des normes de portée générale dépourvues d'effet obligatoire et à propos desquelles on ne saurait donc, a priori, envisager la contrainte. Cette définition peut parfaitement être discutée... [Elle] constitue donc un postulat* ⁶⁰² ».

« *Les manifestations du droit mou sont légion* », précisent les mêmes auteurs : « *on peut penser aux recommandations, avis, codes de bonne conduite et autres chartes éthiques, lignes directrices, etc...* ». Cette diversité se découvre aussi dans l'autorité dont procède le droit souple, dans « *la qualité de l'auteur de la norme molle (autorité publique, parapublique, ou acteur privé)* » ⁶⁰³.

C'est dans ce registre-là que le droit de la Communauté, de l'Union européenne aujourd'hui, situe l'avis et la recommandation, proches dans l'esprit tout en restant cependant distincts. « *Les recommandations suggèrent un certain comportement et les avis apprécient une situation ou certains faits* ⁶⁰⁴ ». Sans doute existe-t-il, entre les deux actes, une différence de vigueur dans la manifestation de la volonté. L'avis qui se définit comme un « *point de vue exprimé officiellement par un organisme, une assemblée, après délibération, et n'ayant pas force de décision* ⁶⁰⁵ » serait plus circonspect que la *recommandation* qui propose avec une certaine vigueur une certaine orientation, laissant comme à regret la liberté de choix. Replacé dans le vocabulaire utilisé par l'Union européenne, ce terme désigne un « *Acte communautaire édicté par la Commission ou le Conseil européens, précisant un comportement à suivre mais ne liant pas les Etats* ⁶⁰⁶ ».

⁶⁰² Claudel E., Thullier B., *Le droit mou, une concurrence faite à la loi ?* Colloque organisé en décembre 2004 par le Centre de Droit civil des Affaires et du Contentieux Économique de l'Université de Paris X-Nanterre.

⁶⁰³ Ibid.

⁶⁰⁴ *Présentation et analyse du Traité de Rome*, source : Institut pour la démocratie en Europe.

⁶⁰⁵ Petit Larousse Illustré éd. 2007, p. 130

⁶⁰⁶ Ibid., p. 905

La recommandation ne fût-elle au total qu'une incitation à l'acte, indique encore une voie normale – une norme, donc – aperçue par une autorité qui a le pouvoir reconnu d'arrêter le droit positif. Elle est forme originale de droit formé. Celui qui transgresse échappe à la sanction mais reste blâmable en dernier ressort. C'est par le biais de recommandations relatives à la sécurité maritime, et notamment diverses recommandations formulées dès 1978 suggérant aux Etats de ratifier les conventions internationales ayant pour objet la sécurité du transport en mer⁶⁰⁷, que le Conseil des Communautés (devenu le Conseil des Ministres de l'Union européenne) ébauche, ainsi que nous l'avons vu, son action de droit maritime.

Il est à remarquer par ailleurs qu'entre le droit souple et le droit de l'Union européenne se tisse une certaine variété de rapports. C'est ce qu'illustre la mise en œuvre du règlement du 31 mars 2004⁶⁰⁸ relatif à la sûreté des navires et des installations portuaires⁶⁰⁹. Il s'agit essentiellement de faire face à « *des menaces d'actions illicites internationales* » autrement dit d'arrêter des mesures contre le terrorisme. Un document de synthèse⁶¹⁰ relatif à ce Règlement indique que « *Le règlement vise à fournir une base pour l'interprétation et la mise en œuvre harmonisées, ainsi que pour le contrôle communautaire des mesures spéciales pour renforcer la sûreté maritime adoptées par la conférence diplomatique de l'Organisation maritime internationale (OMI) en 2002, (modification de la convention internationale de 1974 relative à la sauvegarde de la vie en mer - convention SOLAS - et instauration du code international relatif à la sûreté des navires et des installations portuaires - code ISPS)* ». Le même document précise que « *Les modifications de la convention SOLAS et la partie A du code ISPS constituent des dispositions obligatoires, mais susceptibles d'interprétation. La partie B du code se compose de recommandations que les États membres sont invités à mettre en œuvre* ».

Nous aurons à distinguer plus loin que la cloison n'est pas toujours étanche, en droit maritime, entre le droit souple et le droit dur.

Il faut peut-être ajouter que la directive européenne, insérée par nous - pour son côté contraignant⁶¹¹ - dans les catégories de la loi, possède un aspect de loi-cadre, et même un aspect de droit souple. Ainsi la directive européenne de droit maritime afférente au pilotage de

⁶⁰⁷ Voir à ce sujet Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 90, § 2.

⁶⁰⁸ Règlement n°725/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relatif à l'amélioration de la sûreté des navires et des installations portuaires, JOCE L 129 du 29.4.2004

⁶⁰⁹ Voir le document de synthèse du site europa, intitulée *Sûreté maritime: Sûreté des navires et des installations portuaires*

⁶¹⁰ Ibid

⁶¹¹ Sa transposition dans les droits nationaux est obligatoire, ce qui n'est pas le cas des recommandations.

haute mer, édictée le 21 décembre 1978⁶¹² avec une valeur simplement générale, a-t-elle engendré- nous venons de le voir- le décret français du 2 mai 1979⁶¹³, très précis, contraignant dans tous ses aspects.

Il suffit d'élargir le champ de ce droit souple européen pour apercevoir que le droit souple investit le sujet de droit (l'Etat, ce qui est nouveau, le particulier, le cas échéant) d'une partie de ce pouvoir d'interpréter qui est, ailleurs, prérogative de juge : la directive générale est fournie, et le destinataire est chargé, seul, de la transposition sur le terrain. Le sujet devient acteur dans une démarche quasi-éthique. Ce changement-là, pensons-nous, n'est pas menace pour le droit.

S'agissant du droit *souple* ou *mou* de l'Union européenne, peut-être s'agit-il de concilier deux impératifs qu'on pourrait juger divergents : la suffisante unicité du droit de l'Union d'une part et, d'autre part, la faculté pour les Etats, dans des domaines ou des occasions fixées, d'imprimer leur marque à leur législation. La recommandation, l'avis – la directive aussi – mettent un peu de « *souplesse* » aussi loin que l'autorité de l'Union ne se veut pas sans partage, abandonnant un rôle aux législateurs nationaux.

Source du droit, le droit souple ? En utilisant de précédentes distinctions de langage et s'agissant du cas particulier d'un droit souple voulu par le législateur, on pourrait affirmer qu'il l'est doublement, dans la mesure où il assume sa rencontre avec les deux sens antagonistes et parfois confondus du mot « *source* » : un sens premier, plus juridique, auquel nous donnons priorité, puis un sens dérivé, figuré, de loin le plus courant.

Ce droit souple est source captée puisqu'il est déjà du droit formé, montrant au nom du droit le chemin. Nous nous réglerons sur ceci pour affirmer qu'il est ici source du droit, s'ajoutant à la loi, la coutume ou la jurisprudence ou la doctrine...

Il est source génératrice en ceci qu'une forme contraignante en peut surgir, ayant trouvé sa naissance en lui. C'est ainsi que le Journal Officiel de la République Française aperçoit le droit souple en tant que « *Notion doctrinale relative à des textes ou à des dispositions juridiques n'ayant pas par eux-mêmes d'effets contraignants mais susceptibles de contribuer, dans certaines conditions, à la formation de nouvelles règles juridiquement contraignantes*⁶¹⁴ ». La Cour de justice de l'Union européenne a pour usage de considérer qu'une *recommandation* doit servir en outre de repère utile pour l'interprétation du droit positif de l'Union.

⁶¹² Directive n°79/115/CEE, op. cit.

⁶¹³ Décret n°79-354 op. cit.

⁶¹⁴ *Vocabulaire des affaires étrangères (liste de termes, expressions et définitions adoptés)*, JORF n°0245 du 19 octobre 2008, déjà cité.

Par l'usage du droit souple, on peut juger que l'Union se met dans un rôle innovant. Par son usage de la coutume, elle est dans un rôle d'emprunt.

B. La coutume

La coutume, nous l'avons dit, c'est la trace laissée dans l'herbe au gré de pas anciens qui – la raison s'en distinguant toujours ou s'étant au fil du temps dissoute - a porté là l'idée fidèle de chemin.

La coutume entretient avec l'histoire et la géographie des liens plus marqués que les autres sources. Elle est un « usage juridique oral, consacré par le temps et accepté par la population d'un territoire déterminé »⁶¹⁵. La coutume a son fief. Un terroir. A moins que ce ne soit l'immense champ de la mer où les mêmes naufrages et les mêmes défis, les mêmes audaces et les mêmes peurs, ont pu guider des hommes différents vers des sagesses pareilles, instruisant leur chemin, dans la rencontre et la nécessité, par les coutumes uniment respectées d'un vieux droit maritime.

Que l'Europe en construction puisse être un terroir de coutumes appartenant en propre à l'Union n'est pas une hypothèse à retenir. La coutume a besoin de temps. Mais il reste, à côté des normes d'origine coutumières qui sont le fondement du droit maritime, un important *thesaurus* de coutumes internationales organisant les relations réciproques entre les Etats, leurs relations conjointes avec les organisations internationales. Le droit international⁶¹⁶ tient la coutume pour l'une de ses principales sources. Les incidences de ce droit, certes public, sur les échanges internationaux du commerce, ont à l'occasion la plus grande portée. Ce fut le cas dans l'arrêt⁶¹⁷ *Racke* rendu par la Cour de justice le 16 juin 1998. L'affaire portait sur la suspension par la CEE d'un traité d'importation de vin de l'ex-Yougoslavie, le pays se trouvant au moment des faits dans une situation de guerre civile et de désagrégation politique. Le juge européen souligne à l'occasion l'autorité qu'exercent les règles coutumières internationales sur le droit de l'Union⁶¹⁸. La coutume a son terroir, écrivions-nous. Mais la

⁶¹⁵ *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Timbal et Castaldo, Précis Dalloz, 11e édition, 2004, p.272.

⁶¹⁶ Par « droit international » et selon l'usage le plus courant, nous entendons le *droit international public* (le droit international privé traite lui, pour l'essentiel, de problèmes relatifs à des personnes privées : problèmes de conflits de lois, d'extranéité, d'acquisition de nationalité, de résidence...)

⁶¹⁷ CJCE, 16 juin 1998, A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz, Affaire C-162/96, Recueil 1998 p. I-3655

⁶¹⁸ Dans cette affaire relative à la rupture d'un contrat commercial avec la Yougoslavie, la Cour décrète (sommaire, alinéa 3, paragraphes 3 et 4) que « les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit international. (...) Il s'ensuit que les règles du droit coutumier international portant sur la cessation et la suspension des relations conventionnelles en raison d'un changement fondamental de circonstances lient les institutions de la Communauté et font partie de l'ordre juridique communautaire. »

coutume ici, pour le moins, ne vient pas de « *la base* » et le terroir a peu de choses à voir avec le paysage un peu villageois des vieilles traditions : c'est un terroir cultivé dans les antichambres de l'histoire en secrètes diplomaties. Certes, on n'écrit pas tout là non plus.

Dans un domaine qui regarde plus directement le droit maritime on peut encore observer que la *lex mercatoria* – traduisons par *le droit marchand*, le droit des marins marchands, pourrait-on dire aujourd'hui – peut se regarder comme un droit coutumier.

Le droit, changeant de mains, se soustrayant pour une part à la puissance de l'Etat, ne change pas de *sources*. Mais les *sources* captées par d'autres maîtres d'œuvre – et par l'Europe en particulier – pourraient servir à consolider le pouvoir de ceux-ci.

III. La puissance des sources communautaires du droit maritime

La puissance des sources communautaires du droit maritime résulte de principes posés par la Cour de justice des Communautés européennes et par les Traités. Pour tenter de mesurer la puissance des sources nous examinerons d'abord les principes fondamentaux dégagés par la Cour de Justice (A). Nous observerons dans un second temps les règles gouvernant les compétences de l'Union européenne (B).

A. Les principes fondamentaux dégagés par la Cour de Justice.

Le point qui marque le plus vigoureusement la puissance impérative acquise par la jurisprudence européenne est la façon dont elle a dégagé puis imposé le postulat dit de l'effet direct (1) puis celui d'une primauté du droit de l'UE sur tous les droits nationaux (2).

1. Le principe de l'effet direct.

S'agissant de l'effet direct, autrement dit de la faculté qu'ont les ressortissants de la Communauté, ou de l'Union européenne, de saisir directement la Cour de Luxembourg, c'est encore un litige en matière de transports (mais pas principalement maritimes et le problème est essentiellement douanier) qui, avec l'arrêt Van Gend en Loos du 5 février 1963⁶¹⁹, est l'occasion du premier pas significatif. En 1962, cinq ans donc après la signature du Traité de Rome – et les contrôles douaniers des Etats restant pleinement actifs – le transporteur belge Van Gend en Loos conteste en droit, devant un tribunal administratif néerlandais, la *Tariefcommissie*, la validité d'une taxe nouvelle de 8% réclamée par la douane des Pays-Bas. L'entreprise de transports se fonde sur l'article 12 du Traité dans sa mouture originelle, article

⁶¹⁹ CJCE, 5 février 1963, *Algemene Transport en Expéditie Onderneming Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, Affaire 26/62, Recueil 1963, p.3

instituant que « *Les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent* ». La *Tariefcommissie*, par le moyen d'un renvoi préjudiciel demande à la CJCE (future CJUE) de faire apparaître si les nationaux (particuliers ou entreprises) ont latitude pour invoquer directement le droit communautaire. Et la Cour, déclarant « *envisager l'esprit, l'économie et les termes* » du Traité, affirmant notamment que l'objectif est « *d'instituer le Marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté* » juge qu'il faut conclure de cet état de choses que « *la communauté économique européenne constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants* ». ⁶²⁰ C'est la proclamation du principe de l'effet direct qui offre au justiciable une opportunité de court-circuiter le droit d'Etat car « *Les particuliers peuvent ainsi se prévaloir de ces droits et invoquer directement des normes européennes devant les juridictions (...). Il n'est alors pas nécessaire que l'État membre reprenne la norme européenne concernée dans son ordre juridique interne* ⁶²¹ ».

Indéniablement, le principe d'effet direct est novateur. Un citoyen d'un Etat peut invoquer le droit de l'Union européenne contre son propre Etat et ceci, dût-on chaudement l'approuver, représente une radicale remise en question d'un principe ancien du droit international tel qu'il a toujours cours et qui voit dans les Etats les seuls sujets des accords qu'ils concluent ⁶²². Nul ne saurait juger, sans abus, qu'ici le cours du droit se serait enlisé. Mais le ralentissement des eaux de sa tradition (la loi dans sa force, et l'Etat) le plie vers la puissance des juges : est-ce un mauvais méandre ? On pourrait déclarer que le droit de l'Union européenne se démocratise *a posteriori* dans sa large accessibilité. Dans les faits, serait-il bien le droit de tous ? Ou bien serait-il – un peu plus, pour le moins – le droit d'agents de l'économie qui se font reconnaître une puissance augmentée ? Tel qu'il est ce droit-là se montre assez soucieux des équilibres à préserver.

Plus encore, à notre sentiment, que le principe de l'effet direct, un autre principe aujourd'hui reconnu, celui de la primauté du droit de l'Union (on parle encore assez souvent

⁶²⁰ Point 3 du sommaire de l'arrêt.

⁶²¹ Voir *L'effet direct du droit européen*, site europa

⁶²² On peut relever qu'une semblable position d'accès direct peut se trouver défendue, dans le champ des accords internationaux, par les partisans du *monisme*. Alors que les *dualistes* estiment qu'une norme de droit international prend sa force juridique au seul terme de son transfert en droit national, les partisans du *monisme* estiment que la règle édictée par un accord international, dès lors qu'il est ratifié (ce qui implique un choix national concernant cette règle) est immédiatement valide en droit interne. Au nombre des monistes, Hans Kelsen, en application de sa pyramide des normes qui place au-dessous du bloc de constitutionnalité mais au-dessus du *bloc de légalité*, le *bloc de conventionnalité*

de la *primauté du droit communautaire*) est de nature à montrer la puissance acquise des sources du droit de l'UE

2. La primauté du droit communautaire

S'agissant du principe de primauté du droit de l'Union sur les droits nationaux - qui serait le plus significatif aujourd'hui de la place occupée par le droit de l'Union, le plus significatif d'un recul important des prérogatives d'Etats - force est d'apercevoir qu'il est aussi l'enfant de la jurisprudence. Il fut dégagé le 15 juillet 1964 au moyen d'un arrêt rendu le 15 juillet 1964 par la CJCE⁶²³ (devenue la CJUE), l'arrêt *Costa contre ENEL*⁶²⁴.

On peut estimer que l'arrêt *Costa c/ ENEL* est d'une extrême importance : il dégage un principe essentiel du droit de l'Union - tôt consacré dès l'époque de la Communauté – mais il met en lumière, aussi bien, la puissance étendue de contraindre – inaperçue quand le Traité fut signé⁶²⁵ – que prend la jurisprudence européenne. Ce principe aura tout lieu de s'affiner, de s'affirmer, de s'imposer dans toute sa force et sa clarté.

⁶²³ CJCE, 15 juillet 1964, M. Flaminio Costa contre Enel, Affaire 6/64, Recueil 1964, p. 1141

⁶²⁴ Flaminio Costa, s'estimant lésé par la nationalisation du secteur italien de l'électricité, (qui le privait des dividendes à lui étaient versés par l'une des préexistantes sociétés privées dont il était l'actionnaire) excipe de ce préjudice et refuse absolument de régler les factures adressées par la nouvelle ENEL. Attrait en justice, il soutient devant le *Giudice Conciliatore* de Milan que la nationalisation de l'électricité s'est faite en violation des dispositions du Traité de Rome. Le *Giudice Conciliatore* de Milan, par voie de conséquence, adresse le 20 février 1964 à la Cour de Luxembourg une « demande de décision préjudicielle au sens de l'article 177 du traité CEE », réclamant notamment l'interprétation de quatre articles du traité de Rome que M. Costa juge violés par la nationalisation italienne. Mais l'Etat italien, soucieux de produire ses observations, soutient dans un mémoire enregistré par la même Cour « l'irrecevabilité absolue de la question préjudicielle » et « l'absence de fondement des demandes d'interprétation. » C'est sur l'ensemble de ces points – non sur les factures impayées de M. Costa - que la CJUE (ex-CJCE) va statuer.

Avec l'évidente intention de recadrer les affirmations du gouvernement de l'Italie, la Cour fait apparaître « qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions. » Dès lors sont mis en avant les arguments susceptibles d'étayer ce principe de la primauté du droit de l'Union sur les droits internes :

- Le droit communautaire, « un ordre juridique propre » est dans l'obligation d'être le même en tout endroit ; cela se déduit de l'idée de communauté : « le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même »
- Aucune loi, préexistant au traité librement signé, ne prend donc force contre lui mais aucune loi non plus, plus tardivement votée, ne peut pour la même raison prétendre à cet effet (c'est nous qui soulignons) : « la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité. »

⁶²⁵ « Par ces deux arrêts, la Cour de justice s'est donné la position d'une Cour de justice fédérale, ce qui n'avait pas été prévu par les États membres lorsqu'ils signèrent les traités (formellement internationaux) de la CECA et de la CEE. Les États (notamment la France, l'Allemagne ou l'Italie) protestèrent d'ailleurs contre cet arrêt, considéré comme un coup de force. Pour ces États, l'arrêt de la Cour de justice résultait d'une interprétation déformée des traités et allait à l'encontre des intentions des États au moment de la signature [...] C'est la position de la Cour de justice qui finit par l'emporter ». Pour des raisons d'ordre essentiellement politique et pratique, les Etats « ont donc accepté à la longue les nouvelles compétences que la Cour de justice a revendiquées. », P. Magnette, *Le régime de l'Union européenne*, Presses de Sciences Po, 2003, p. 182 et 189.

C'est ce que souligne au demeurant le portail officiel de l'Union européenne qui se plaît à reconnaître une naissance jurisprudentielle au principe dont il s'agit. « *Le principe de primauté garantit la supériorité du droit européen sur les droits nationaux. Il est un principe fondamental du droit européen. Tout comme le principe d'effet direct, il n'est pas inscrit dans les traités mais a été consacré par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).* ⁶²⁶ »

Si le principe, au départ, paraît se soutenir par « *les termes et l'esprit du traité* », son champ s'étend au droit dérivé. « *La primauté du droit européen sur les droits nationaux est absolue. Ainsi, tous les actes européens ayant une force obligatoire en bénéficient, qu'ils soient issus du droit primaire ou du droit dérivé.* ⁶²⁷ »

La Cour établit pareillement qu'aucune disposition du droit national ne saurait se soustraire à cette tutelle : « *[...] tous les actes nationaux sont soumis à ce principe, quelle que soit leur nature: loi, règlement, arrêté, ordonnance, circulaire, etc. Peu importe que ces textes aient été émis par le pouvoir exécutif ou législatif de l'État membre. Le pouvoir judiciaire est également soumis au principe de primauté. En effet, le droit qu'il produit, la jurisprudence, doit respecter celui de l'Union. La Cour de justice a estimé que les constitutions nationales sont également soumises au principe de primauté. Il revient ainsi au juge national de ne pas appliquer les dispositions d'une constitution contraire au droit européen.* ⁶²⁸ ».

Le pouvoir étendu de l'Union européenne, considérablement monté en graine depuis les premiers traités, repose en bonne part sur la puissance de ses sources de droit, notamment, bien entendu, sur la Loi *lato sensu* comme sur la jurisprudence. Il reste que ce pouvoir est réglé par divers principes.

B. Les règles gouvernant l'exercice des compétences de l'Union européenne

Qui décrit l'Union relève un vrai défi : car l'Union, comme une eau de fleuve au regard d'Héraclite, *est* toujours et ne *reste* jamais, permanente en son impermanence⁶²⁹.

Avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne les compétences étaient réparties en trois domaines appelés « *piliers* » (par référence implicite aux soutiens d'un édifice) : le pilier supranational réunissant les politiques « *intégrées* » placées sous l'autorité propre de l'Union

⁶²⁶ Voir La primauté du droit européen, site europa

⁶²⁷ Ibid

⁶²⁸ Ibidem

⁶²⁹ Héraclite : « *Tu ne peux pas descendre deux fois dans les mêmes fleuves, car de nouvelles eaux coulent toujours sur toi* ». in *L'aurore de la philosophie grecque*, John Burnet, Ed. 1919, traduction française par A. Reymond, fragment 12.

(la politique agricole commune, l'union douanière, le marché intérieur, l'euro) puis deux piliers de coopération intergouvernementale, soit le pilier de politique étrangère et de sécurité commune et le pilier justice et affaires intérieures (entraide policière et judiciaire).

L'ensemble, à l'usage, a présenté de tels effets d'emmêlements qu'il fut décidé de son abandon. Quelque chose a peut-être été conservé de cette organisation tripartite : aujourd'hui trois principes associés fixent les rôles respectifs entre trois domaines de compétence : le principe d'attribution (1), le principe de proportionnalité (2), le principe de subsidiarité (3).

1. Le principe d'attribution

Ce principe organise à proprement parler le partage. « *En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres.*⁶³⁰ » Trois niveaux de compétences : exclusive, partagée, de coordination sont ainsi distingués, consacrés par le Traité TFUE dans ses articles 3, 4.2 et 6. Nous ne citerons, pour illustrer notre description, que les compétences en rapport avec le droit maritime.

- Le domaine de la compétence exclusive (article 3 du traité TFUE) est la chasse gardée de l'Union qui seule peut légiférer. Ceci concerne :

- *L'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur*

- *La conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche*

- Le domaine de la compétence partagée (article 4.2 du traité TFUE) promet un partenariat mais l'union reste prioritaire et les Etats ne peuvent intervenir *qu'à défaut* dans la mesure où l'Union ne s'est pas servie de sa prérogative ou cesse de s'en servir. Ceci concerne :

- *L'agriculture et la pêche, à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer*

- *L'environnement*

- *Les transports*

- Le domaine de la compétence de coordination (Article 6 du TFUE) laisse l'initiative aux Etats mais l'Union peut intervenir dans un rôle de coordination, d'aide ou

⁶³⁰Traité sur l'Union Européenne, article 5, alinéa 1.

d'appoint. Le *tourisme* en fait partie qui, par la navigation de plaisance est en relation avec le droit maritime.

Seul ce qui n'est pas cité relève encore et toujours de la compétence exclusive et stricte des Etats. Le jugement de Pierre Bonassies et Christian Scapel sur la prégnance absolue du « *droit communautaire* » est confirmé par là. Les deux principes directeurs suivants dessinent cependant des modalités d'intervention dans les domaines ci-dessus – donc aussi des limites.

2. *Le principe de proportionnalité.*

Ce principe se présente avec toute la sobriété d'une maxime. L'article 5, alinéa 4 du Traité sur l'Union Européenne institue qu'« *En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités* ». Ceci signifie que l'Union devrait, dans le vaste champ de sa fonction normative - et considérant les objectifs des traités - privilégier, par exemple, la directive au règlement comme moyen d'action, laquelle est moins contraignante à l'égard des Etats membres de l'Union.

3. *Le principe de subsidiarité.*

Il semble en vérité que la définition de ce principe de subsidiarité soit simple et moins simple sa mise en œuvre. L'article 5 du Traité sur l'Union européenne consolidé déclare en son troisième alinéa qu'« *En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ». Le même paragraphe prévoit que « *Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité.* » Le principe de subsidiarité ne s'applique pas, bien entendu, dans le domaine de compétence exclusive de l'Union.

Le principe de subsidiarité, chercherait à brider la profusion des initiatives normatives de la Commission. Les textes de droit sont parfois conçus pour habiller des calculs politiques. Ces contagions ne sont pas signes de santé. Se soucie-t-on de les éviter ? De là, peut-être bien, cette prolifération montrée du doigt par le Doyen Carbonnier. Nous aurons à découvrir plus loin, comment la jurisprudence de la Cour, en dépit des encadrements ci-dessus, malgré les

retenues qui sont ici préconisées, construit un droit plus étendu, plus contraignant pour les Etats, que ce qu’avaient jamais pensé les signataires des traités.

C’est dans le contexte d’européanisation des sources du droit qu’il convient d’apprécier les grandes lignes initiales d’une politique maritime.

Section 2 : Les grandes lignes de l’action communautaire initiale⁶³¹

Il faut peut-être rappeler que le droit maritime est, à l’origine, un parent particulièrement pauvre au regard du droit de la Communauté. Nous avons distingué de premières initiatives et de premières clarifications. La condamnation de la France par la Cour de justice en 1974 à propos des quotas de Français parmi les équipages de ses navires (et nous savons que la jurisprudence *fait la loi*, parfois, dans la logique européenne des sources). Les mesures prises en 1977 et 1978 destinées à contrer la concurrence des pays de l’Est et à fixer des standards de sécurité pour les navires. Enfin le règlement de 1979, instruisant les Etats de la Communauté des voies de leur éventuelle adhésion à la Convention de 1974 portant code de conduite des conférences maritimes.

Pour modestes que soient ces réalisations, nous avons jugé qu’une politique maritime européenne était esquissée par elles. Il nous semble que la présentation de l’œuvre de l’Europe au chapitre du droit maritime – au moins dans les seules grandes lignes que nous aborderons – peut toujours se laisser commander par les deux pistes que nous avons cru pouvoir distinguer. D’abord une politique de prise en charge commerciale de ses espaces marins dans l’optique du marché commun devenu le marché intérieur. Ensuite une politique de vigilance et de protection qui se soucie tout à la fois des navires et des hommes, et des espaces marins dont nous savons qu’ils sont très menacés. Nous laissons ce second point pour des développements ultérieurs comme également l’examen de ce qui semble en projet.

S’agissant donc de l’organisation d’un marché maritime intérieur, il faut noter que quelques années seront nécessaires encore, au lendemain des initiatives que nous avons signalées, pour que l’UE se soucie véritablement de droit maritime. On peut penser qu’il s’agit là d’autre chose que d’un détail et que cet aspect tardif a pu être de quelque effet dans une certaine « particularisation » des sources du droit maritime européen. Non pas que les sources considérées soient nominativement différentes : elles sont toujours – entre le droit dur et le droit souple, et nous l’avons vu – la loi, la jurisprudence ou le contrat etc. Mais elles sont

⁶³¹ Pour de plus amples développements sur ce sujet voir Cécile De Cet Bertin, *La réglementation communautaire des Transports maritimes – Evolution d’une approche*, Thèse de doctorat, Nantes 1995.

comme entraînée dans un bouleversement de la hiérarchie classique en droit français. Dans cette hiérarchie que reflète la Constitution, la Loi *lato sensu* commande tout, contient tout : nous pourrions juger qu'elle est tout. C'est d'ailleurs là le schéma, peut-être un peu vieilli, de Kelsen. La jurisprudence est ignorée, non nommée, condamnée par l'article 5 du Code civil au silence et sans doute à quelque forme officielle d'oubli. Nous avons examiné ces points. Mais en droit maritime européen – nous aurons à y revenir- la jurisprudence a saisi la barre. Il est vrai que le phénomène est plus étendu que ce qui se rapporte à ce seul droit, que les retardements dans la production de normes maritimes, avec la primauté laissée par là même à la Cour, ne sont pas les seuls éléments qu'il convienne de prendre en compte. Il se pourrait cependant que la chose ait joué. Pareillement, ces retards ainsi que l'actuelle expansion du droit maritime européen ne sont peut-être pas sans rapports avec la régionalisation du droit maritime à quoi nous assistons. Une autre remise en question, dirions-nous, de la notion centralisée de hiérarchie.

Ce sont les juges, à nouveau, qui vont relancer le mouvement, c'est « *la Cour de justice des communautés européennes [qui compensera partiellement] certaines insuffisances des textes* »⁶³². Ainsi, lors d'un recours du Parlement européen contre la carence du Conseil, « *constitué par son refus de se prononcer sur plusieurs propositions de la Commission* »⁶³³, la Cour de justice va constater l'absence d'une véritable politique commune des transports et donc une carence du Conseil, mais elle ne sanctionnera que « *l'absence de mise en œuvre de la liberté de prestation de services, jugeant qu'on ne pouvait reprocher au Conseil le défaut d'élaboration de la politique prévue, eu égard aux très larges pouvoirs d'appréciation que lui reconnaissait le traité* »⁶³⁴. Nonobstant, cet arrêt va être un élément déterminant de la politique des transports. Le professeur Chaumette ajoute qu'il « *a affirmé le principe de l'application directe du droit commun communautaire, en l'absence de mesures spécifiques adoptées pour le secteur des transports* »⁶³⁵.

La Commission avait à l'occasion fait valoir l'absence presque totale d'action communautaire en matière de navigation maritime et aérienne, sur ce point la Cour de justice ne s'est pas prononcée, sans doute en raison du pouvoir discrétionnaire conféré au Conseil par le traité.

On constate ici l'influence d'une source, à savoir la jurisprudence, sur une autre source, à savoir la loi. Mais cette forme d'interaction s'exerce à l'inverse de l'ordinaire : au

⁶³² Chaumette P., *Droits maritimes*, Ed. Dalloz, Paris 2008, p.168

⁶³³ Clergerie J.L., Gruber A., Rambaud P., *L'Union européenne*, op. cit., p. 431

⁶³⁴ Ibid.

⁶³⁵ Ibidem

lieu que la jurisprudence émane de la loi, la loi naît, en quelque façon, de la jurisprudence. L'arrêt de la Cour semble avoir eu l'effet du coup de pied dans la fourmilière, entraînant l'année suivante, un travail législatif important. Rappelons cependant que 1986 est aussi l'année de l'Acte unique européen qui modifie le traité CEE : la règle de la décision prise à la majorité qualifiée, se substitue dans certains domaines - incluant le droit maritime - à celle de l'unanimité, permettant la plus facile adoption de normes. Dès lors le droit maritime européen connaîtra des évolutions significatives, entraînant l'évolution des droits internes des Etats membres. Le 19 mars 1985, la Commission européenne, usant de son pouvoir d'initiative, publia une communication⁶³⁶ relative à la politique commune des transports dans le domaine maritime. Dans cette communication, la Commission propose quatre règlements qui seront adoptés le 22 décembre 1986. Ils vont constituer les prémices de la politique maritime de la Communauté. Ainsi des mesures seront prises pour assurer la libre prestation des services (I) ou pour assurer le libre jeu de la concurrence au sein du marché commun (II), s'en ajouteront d'autres plus protectionnistes (III).

I. Le règlement sur la libre prestation des services.

Le premier des règlements du 22 décembre 1986 se prononce sur l'application des règles de libre prestation des services au domaine des transports maritimes. Il s'agit du règlement 4055/86⁶³⁷ qui opte pour une démarche progressive : en abordant un domaine nouveau précédemment délaissé, peut-être craint-on d'aller trop loin trop vite en provoquant des dommages, en suscitant des hostilités.

Ce règlement, tel quel, efface en son article 1^{er}, alinéa 1, toute discrimination de nationalité entre armateurs de la Communauté « *en ce qui concerne les transports maritimes entre Etats membres, ou les transports entre Etat membre et pays tiers* ». La mesure évite, on le voit, d'être radicale. Elle laisse en suspens le problème du cabotage interne entre ports d'un même Etat. En revanche, la règle de non discrimination susvisée trouve un champ d'application virtuellement large. Aux termes du même article 1^{er}, alinéa 2, ses dispositions « *s'appliquent également aux ressortissants des États membres établis hors de la Communauté et aux transports maritimes établis hors de la Communauté et contrôlés par des*

⁶³⁶ Communication et propositions de la Commission transmises au Conseil le 19/03/1985 relatives à la politique commune des transports dans le domaine maritime Vers une politique commune des transports – transports maritimes COM (85) 90 final

⁶³⁷ Règlement 4055/86/CEE du Conseil, du 22 décembre 1986, portant application du principe de la libre prestation des services aux transports maritimes entre États membres, et entre États membres et pays tiers, JOCE L 378 du 31.12.1986

ressortissants d'un État membre, si leurs navires sont immatriculés dans cet État membre conformément à sa législation. »

L'aspect progressif de la démarche est aussi dans les aménagements de calendrier. La pleine entrée en vigueur des dispositions s'est trouvée retardée jusqu'au 31 décembre 1991 pour les transports entre Etats membres et pays tiers pour les navires battant pavillon d'un Etat membre, et même jusqu'au 1^{er} janvier 1993 pour les transports assurés par d'autres navires. En fait, « *Il a fallu tenir compte du fait que les Etats membres étaient liés par de nombreux accords avec des Etats tiers*⁶³⁸ »

La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne est venue préciser la portée de ce règlement sur plusieurs points. C'est ainsi qu'au terme d'une longue procédure judiciaire où la Cour de Cassation s'est vue poser à la Cour européenne une question préjudicielle, et sur requête de la compagnie Corsica Ferries - société franco-italo-suisse ayant son siège en France et dont, nonobstant, les navires arborent les couleurs italiennes - il est apparu que la non discrimination s'étendait bien au-delà de la liberté d'exploitation des lignes.

Le principe de non discrimination met en place, entre tous les armateurs visés ci-dessus par les dispositions de l'article 1, l'égalité des conditions relatives à la liberté d'entreprendre, une dissolution, par l'impératif d'égalité devant le marché, de tout attachement à tel Etat de la Communauté, la suppression de toute préférence entraînant des traductions tarifaires.

Ainsi les droits de port ne peuvent pas varier, dans l'enceinte de la Communauté européenne, en fonction d'un trajet intra-communautaire. Il s'agissait des droits perçus par le port de Bastia pour le transport de passagers, « *deux fois plus élevés pour les navires desservant l'Italie que pour les navires desservant la France continentale*⁶³⁹ ». Dans sa réponse à la question préjudicielle de la Cour française de Cassation, la Cour de Justice de Luxembourg⁶⁴⁰ estima que « *dans le principe, la libre circulation des services interdit, tout comme la libre circulation des personnes ou des marchandises, toute entrave, « même d'importance mineure »*⁶⁴¹ » En foi de quoi la Cour de Bastia, dans un jugement du 9 août

⁶³⁸ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 99

⁶³⁹ Ibid.

⁶⁴⁰ CJCE, 13 décembre 1989, Corsica Ferries France c/ Direction générale des Douanes françaises, Affaire C-49/89, op. cit.

⁶⁴¹ Bonassies P., Scapel Chr. *Droit maritime*, op. cit., p. 99. On notera que cette mesure est particulièrement compatible avec les dispositions du traité de Rome et notamment l'article 75, qui vise le transporteur et plus particulièrement les transports ferroviaires et routiers, mais stipule que « *Doivent être supprimées, dans le trafic à l'intérieur de la Communauté, les discriminations qui consistent en l'application par un transporteur, pour les mêmes marchandises sur les mêmes relations de trafic, de prix et conditions de transport différents en raison du pays d'origine ou de destination des produits transportés.* »

1992, a jugé que la perception de droits portuaires plus élevés pour le trajet Corse-Italie que pour le trajet Corse-France continentale « *était contraire au principe de libre circulation affirmé par le règlement de 1986*⁶⁴² ».

Il en va pareillement des droits perçus par les pilotes portuaires (ici, dans le cadre d'une autre requête de la compagnie Corsica Ferries, les pilotes du port de Gênes) : ils doivent être les mêmes pour les navires effectuant des voyages inter-Etats (Corse-Italie) que pour les navires engagés dans un service de cabotage (ici, entre ports italiens). Au-delà du marquage de territoire, il s'agit d'ouvrir le marché.

La démarche est progressive à nouveau. Pour s'en convaincre, il suffira de retenir qu'un règlement⁶⁴³ du 7 décembre 1992, après donc un délai de six années, vient modifier les dispositions précédentes en statuant sur le cabotage national. Ce règlement étend au cabotage national les dispositions du règlement 4055/86 précité, relatif à la libre prestation de services au plan international pour les transports maritimes impliquant un port de la Communauté. Quelques points sont à noter :

- Le bénéfice de cette disposition se réserve aux seuls armateurs communautaires.
- Cette disposition concerne le cabotage littoral proprement dit mais aussi les transports entre un port et les structures au large des côtes à l'instar des plateformes pétrolières, ainsi que la navigation vers les îles proches (entre Marseille et la Corse, entre le Portugal et les Açores).

Le cabotage îlien bénéficie d'un régime à part :

- les règles de droit s'appliquant aux équipages, sont, indépendamment du pavillon, celles de l'Etat d'accueil. Aux termes de l'article 3, 2^e alinéa, « *pour les navires pratiquant le cabotage avec les îles, toutes les questions relatives à l'équipage relèvent de la responsabilité de l'État dans lequel le navire effectue un service de transport maritime.* »

- l'autorité de l'Etat peut s'exercer pour bonne partie sur les navires concernés. L'Etat, « *sur une base non discriminatoire à l'égard de tous les armateurs communautaires* » peut en effet, selon l'article 4, premier alinéa, « *conclure des contrats de service public avec des compagnies de navigation qui participent à des services réguliers à destination et en provenance d'îles ainsi qu'entre des îles ou leur imposer des obligations de service public en tant que condition à la prestation de services de cabotage.* » Il est précisé, par le deuxième alinéa du même article 4, que ces services publics éventuels n'excéderont pas ce qui regarde

⁶⁴² Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit. p.100

⁶⁴³ Règlement 3577/92/CEE du Conseil, du 7 décembre 1992, concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres (cabotage maritime), JOCE L364 du 12/12/1992

« les ports à desservir, la régularité, la continuité, la fréquence, la capacité à prester le service, les tarifs pratiqués et l'équipage du navire ».

- Ajoutons que le désir d'une démarche progressive est ici aussi manifesté : par des souplesses de calendrier comme par l'opportunité pour les Etats d'obtenir en cas de difficultés des périodes d'exemption pouvant couvrir des périodes d'un an, virtuellement renouvelables.

Il reste que le règlement n° 3577/92 représente « un pas de plus » dans une politique libérale des prestations de services en matière maritime et l'affirmation de l'autorité de la Communauté.

II. La réglementation de la concurrence : les *conférences maritimes*.

Un autre règlement 4056/86⁶⁴⁴ du 22 décembre 1986, pris par le Conseil et dans lequel Pierre Bonassies voyait, en 2006⁶⁴⁵, « l'un des éléments les plus remarquables de l'action des institutions communautaires en matière maritime⁶⁴⁶ » porte sur l'application aux transports maritimes des articles 81 et 82 (ex art. 85 et 86) du Traité de Rome, relatifs au jeu de la concurrence⁶⁴⁷. Il intervient comme une confirmation car depuis un arrêt de la CJCE qui, le 4 avril 1974, rappelait à la France qu'à défaut d'avoir à respecter la « *politique commune des transports* », le transport maritime était soumis, « *aux règles générales du Traité* » peu de doutes pouvaient se conserver.

Malgré ceci, le règlement du 17 mai 1979, consécutif à la Convention portant code de conduite des conférences maritimes, n'eut d'autre objet, nous l'avons vu, que de préciser les réserves écrites à porter sur le document de ratification par les Etats membres ayant le désir de ratifier - de manière à lever l'incompatibilité surgissant entre la référence *nationale* de la Convention et les exigences *communautaires* de l'Europe. En aucun endroit n'était dénoncé le principe des conférences maritimes alors qu'elles sont un aménagement des règles de la

⁶⁴⁴ Règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes, JOCE L 117 du 5.5.1988

⁶⁴⁵ L'ouvrage réédité en 2010 ne porte plus trace de ce jugement que nous citons.

⁶⁴⁶ Bonassies P., *Droit maritime*, éd. 2006, op. cit., p. 89 (n° 126)

⁶⁴⁷ Rappelons sommairement les dispositions de ces deux articles :

- L'Article 81 (nouvel art.101 du TFUE), rappelons-le, dispose en son premier paragraphe que : « *Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* ». Cinq alinéas (a,b,c,d,e) précisent ces dispositions.

Le même article, dans son paragraphe 3 déclare que « *Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables: à tout accord (...), toute décision (...) d'associations d'entreprises, et à toute pratique concertée (...) qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte (...)* ».

L'Article 82 (nouvel art. 102 du TFUE) condamne en termes détaillés tout abus de « *position dominante* » au sein du marché commun.

concurrence et semblaient pouvoir tomber de ce fait sous le coup des articles 81 et 82 (ex art. 85 et 86). Rappelons que les ententes appelées conférences maritimes sont de plusieurs ordres. Au minimum, on trouve un arrangement sur les prix. D'autres accords sont plus ambitieux. « *Ils définissent le nombre de navires que chaque armateur peut mettre en ligne. Ils fixent les escales que chacun doit respecter et la fréquence des voyages ou des dessertes* ⁶⁴⁸ ». Des mesures de fidélisation de la clientèle, avec réductions de tarifs aux meilleurs clients – soit les chargeurs qui, sur le parcours concerné, confient la totalité de leurs transports aux navires de la conférence – ont un caractère habituel.

Le schéma de conférence arrêté par le Code de conduite de 1974 – avec notamment la règle des 40/40/20 que nous avons aperçue, comme aussi de louables dispositions favorisant la transparence en tout – n'est donc qu'un schéma parmi d'autres schémas. Ce code, établi « *à l'initiative de la CNUCED dont on sait le rôle primordial qu'y jouent les pays en voie de développement* ⁶⁴⁹ » pensait rationaliser le trafic tout en stimulant tant soit peu l'essor maritime des Etats côtiers du tiers-monde. Il connut un relatif succès, réunissant plus de soixante Etats. La France l'a ratifié dans les conditions voulues par l'Europe. L'accueil, de prime abord fut donc encourageant : s'agissant de la règle des 40/40/20, « *de nombreux pays signataires du code ont demandé que cette règle soit étendue à l'ensemble du trafic maritime, y compris les trafics hors conférences* ⁶⁵⁰ ». Séduisant dans le principe, le Code de conduite a connu de réelles difficultés d'application. Les plus significatives de ces difficultés tiennent à l'incapacité des Etats – notamment africains – d'en tirer bénéfice. « *Démunis de flottes nationales suffisantes, les pays en voie de développement étaient bien incapables en 1974 – et nombre d'entre eux le sont restés – d'assumer la part de trafic leur revenant.* ⁶⁵¹ » D'où diverses formes de sous-traitances à la transparence incertaine. « *Le système engendre parfois des fraudes, toujours des lourdeurs.* ⁶⁵² »

Si, par le règlement du 15 mai 1979 relatif à la ratification des Etats, le Conseil ne fixait la position de l'Europe qu'au seul endroit du Code de conduite de 1974, le règlement 4056/86 du 22 décembre 1986 s'adresse à tout type de conférences maritimes et précise son champ d'application : les « *transports maritimes internationaux au départ ou à destination d'un ou de plusieurs ports de la Communauté autres que les services de tramp* ⁶⁵³ ». Il était

⁶⁴⁸ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit.p. 240.

⁶⁴⁹ Ibid., p. 236.

⁶⁵⁰ Ibid p. 237

⁶⁵¹ Ibid., p. 238.

⁶⁵² Ibid.

⁶⁵³ Article 1-1 de la première section du règlement 4056/86, op. cit.. Pour mémoire, le mot anglais *tramp* se traduit par *vagabond* (comme *tramping* par *vagabondage*). L'expression désigne un type de navigation dont la

normal que la Communauté ait à régler seulement les navigations qui passent par ses ports et, quant à la navigation de coup par coup (*tramp*), il paraissait sans doute un peu plus malaisé qu'elle se constitue en ententes. Le qualificatif « *internationaux* » maintient par ailleurs sur un autre plan le cabotage national.

Au demeurant, le propos du règlement 4056/86 n'est pas de contraindre : il est d'exonérer le commerce maritime, à certaines conditions, de l'interdiction que formulent les articles 81 et 82 (ex art. 85 et 86) du traité de Rome à l'endroit des ententes commerciales faussant le jeu de la concurrence. Les secteurs exclus du champ du règlement sont libres au-delà de toutes conditions fixées par la Communauté. Le règlement de décembre 1986 consacre en fait la légitimité des conférences maritimes en les rangeant au nombre des ententes visées au 3^e alinéa de l'article 81 comme contribuant « *à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès* ». Le règlement précise ainsi, dans l'exposé de ses motifs, que les conférences maritimes « *exercent un rôle stabilisateur de nature à garantir des services fiables aux chargeurs ; qu'elles contribuent généralement à assurer une offre de services de transport maritime réguliers, suffisants et efficaces* »⁶⁵⁴.

Les conditions pour bénéficier des dispositions du règlement 4056/86 sont inspirées pour une bonne part de celles stipulées par le Code de conduite de 1974 : la concertation avec les chargeurs sur les conditions générales et sur les tarifs de fret, la pleine information de tout usager. D'autres conditions sont nouvelles : l'homogénéité des services et des prix - sauf raisons économiques - quel que soit le port de départ ou d'arrivée. Le règlement contrôle par ailleurs les accords de fidélité liant les conférences à leur clientèle.

Une conférence maritime qui refuserait ces conditions serait exclue, de fait, de l'espace maritime européen. Ces conditions étant prises en compte, des dispositions du règlement 4056/86 pourraient, par leur aspect bienveillant, rappeler certains traitements de faveur qui, pour les raisons que nous avons vues, s'attachent au droit maritime traditionnel. On pourrait juger que le vieil esprit du droit maritime y était pleinement conservé. « *L'exemption accordée aux conférences l'est très largement [...] Elle est aussi, dans le système communautaire, exceptionnelle. En aucun autre domaine, en effet, le droit communautaire n'autorise les accords de prix* »⁶⁵⁵.

route est déterminée par les affrètements de rencontre. On peut regretter que ce mot, qui n'a qu'assez peu d'élégance à l'oreille d'un francophone, ait été conservé pour l'usage français.

⁶⁵⁴ Voir préambule du Règlement

⁶⁵⁵ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit., p. 233

Tout ceci en deux dizaines d'années sera radicalement remis en cause. Le règlement 4056/86 s'est trouvé abrogé par un règlement⁶⁵⁶ du 25 septembre 2006 disposant dans son article premier que « *Le règlement n° 4056/86 est abrogé* ». Ce n'est pas une décision brutale : « *La Commission n'a jamais aimé le règlement de 1986* » affirme Pierre Bonassies⁶⁵⁷. Des dispositions intermédiaires comme un règlement du 16 décembre 2002⁶⁵⁸, modifiant sur le plan le plus général les règles procédurales relatives à la concurrence, affaiblissaient déjà le règlement de décembre 1986. La Commission prévoyait son abrogation, dans son livre blanc du 13 octobre 2004, en niant l'utilité dudit règlement : « *aucune donnée économique ne permet de conclure que les considérations en vertu desquelles l'exemption par catégorie avait été justifiée lors de son adoption en 1986 se vérifient toujours en l'état actuel du marché et au regard des quatre conditions cumulatives de l'article 81, paragraphe 3* »⁶⁵⁹.

Il reste que cette mesure a toutefois pu surprendre et le professeur Bonassies, dans la première édition de son *Traité de droit maritime* (antérieure à l'abrogation), la tenait pour improbable : « *Elle se heurte à l'opposition des armateurs, comme à celle du Parlement européen* »⁶⁶⁰ ; prenant à contrepied la Convention sur le Code de conduite de 1974, ratifiée par la plupart des Etats membres de la Communauté, « *l'éradication des conférences maritimes pourrait bien poser un problème de droit international* »⁶⁶¹. Il semble qu'il n'en fut rien. Tout au plus le Parlement, dans ses amendements⁶⁶² du texte de la Commission, signale-t-il le conflit virtuel de lois, puis la « *nécessité pour les États membres de dénoncer le code* »⁶⁶³ de la CNUCED, reconnaissant que ce code « *ne semble plus jouer de rôle important dans le secteur des services internationaux de transports maritimes de lignes* »⁶⁶⁴ mais stipulant nonobstant que « *la Commission doit examiner de manière approfondie les répercussions commerciales et politiques d'une telle dénonciation* »⁶⁶⁵. Les amendements du

⁶⁵⁶ Règlement 1419/2006/ CE du Conseil du 25 septembre 2006 abrogeant le règlement 4056/86/CEE déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes, et modifiant le règlement 1/2003/CE de manière à étendre son champ d'application au cabotage et aux services internationaux de tramp, JOCE L 269 du 28 septembre 2006

⁶⁵⁷ Bonassies P., *Droit maritime*, p. 251 qui précise : « *la Commission écrivons-nous, car, si formellement le règlement est signé au Conseil, matériellement il est l'œuvre de la Commission* ». Peut-être peut-on penser qu'en vérité ce que la très libérale Commission n'aime pas c'est l'alinéa 3 de l'article 85 qui aménage un espace à d'autres considérations que la loi stricte de la concurrence.

⁶⁵⁸ Règlement CE/1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE L 1 du 4 janvier 2003

⁶⁵⁹ Livre blanc concernant la révision du règlement (CEE) n°4056/86 déterminant les modalités d'application des règles européennes de concurrence aux transports maritimes, du 13 octobre 2004, COM (2004) 675 final

⁶⁶⁰ Bonassies P., *Droit maritime*, édition LGDJ, Paris 2006, p. 241

⁶⁶¹ Ibid.

⁶⁶² Pour consulter la liste de ses amendements, voir le site du Parlement européen.

⁶⁶³ Amendement 8, considérant 11 Quater

⁶⁶⁴ Ibid.

⁶⁶⁵ Ibidem.

Parlement n'expriment aucune hostilité ni franche réserve, se ramenant à des aménagements de bon sens ou à des allègements de syntaxe⁶⁶⁶.

On notera que le bénéfice des exemptions du paragraphe 3 de l'article 81 du traité, que l'abrogation du règlement 4056/86 enlève aux conférences maritimes, est conservé pour les consortiums. Le considérant n° 11, objet de l'amendement n°5 indique que sera maintenue « *l'exemption existant en matière de coopération technique entre compagnies de lignes regroupées au sein de consortia* ⁶⁶⁷ *et d'alliances, conformément aux recommandations formulées par le secrétariat de l'OCDE en 2002.* » Nous ne nous attarderons pas sur la diversité structurelle des consortiums. Il peut s'agir aussi bien d'associations d'armateurs où les navires de chacun sont frétés à tous, que d'accords partageant entre les contractants l'exploitation d'une zone géographique. La Commission, dès le règlement⁶⁶⁸ du 25 février 1992, reçoit du Conseil la faculté d'accorder l'exemption prévue par le paragraphe 3 de l'article 81 aux « *accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées, qui ont pour objet de promouvoir ou d'établir une coopération pour l'exploitation en commun de services de transports maritimes, entre compagnies maritimes de ligne, dans le but de rationaliser leurs opérations au moyen d'arrangements techniques, opérationnels et/ou commerciaux, à l'exception de la fixation des prix (consortia)* »⁶⁶⁹.

Ces termes réapparaissent pour l'essentiel dans les définitions qui accompagnent les règlements successifs portant sur les consortiums⁶⁷⁰. Le règlement du 19 avril 2000, par exemple, définit le consortium comme « *un accord entre au moins deux transporteurs exploitants de navires, qui assurent des services maritimes internationaux réguliers de ligne pour le transport exclusif de marchandises, principalement par conteneurs, sur un ou plusieurs trafics, et dont l'objet est d'établir une coopération pour l'exploitation en commun d'un service de transport maritime améliorant le service offert, en l'absence de consortium, individuellement par chacun de ses membres, afin de rationaliser leurs opérations et cela au*

⁶⁶⁶ A titre d'exemple voir l'amendement n°5

⁶⁶⁷ Ce pluriel latin de *consortium*, utilisé par l'anglais, n'apparaît plus dans les textes français de l'UE.

⁶⁶⁸ Règlement 479/92/CEE du Conseil, du 25 février 1992, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne («consortia»), JOCE L 1992.55 du 29/02/1992.

⁶⁶⁹ Article 1^{er}, point 1 du règlement.

⁶⁷⁰ Règlement (CE) n° 870/95 de la Commission, du 20 avril 1995, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne (consortia) en vertu du règlement (CEE) n° 479/92 du Conseil, remplacé par le Règlement (CE) n° 823/2000 de la Commission, du 19 avril 2000, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne (consortiums), prorogé le 12 avril 2004, Règlement 906/2009/CE de la Commission du 28 septembre 2009, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne («consortiums»), JOCE L 256 du 29 septembre 2009.

moyen d'arrangements techniques, opérationnels et/ou commerciaux, à l'exception de la fixation des prix »⁶⁷¹

Le règlement du 28 septembre 2009, au nombre de menus aménagements, supprime la mention «*principalement par conteneurs* ». La différence essentielle entre les conférences maritimes et les consortiums est à chercher dans la précision que nous avons soulignée ci-dessus : l'interdiction d'ententes sur les prix, la libéralisation de la concurrence. Est-il interdit de penser que cette mesure, à l'occasion, pourrait demeurer *théorique* ? Un partage de zone est-il si différent d'un aménagement de la concurrence ? Est-on si certain que, dans le silence de vastes ententes - et des arrangements de l'ombre éclipsant les arrangements de grand jour - il ne reste aucune place, ici, pour des accords peu détectables au moins sur l'ordre des prix ? «*Les consortiums, institution très riche et encore aujourd'hui assez peu connue, posent de nombreuses questions, tant en ce qui concerne leur structure interne que leurs rapports avec les tiers*⁶⁷²».

Comment juger les choix de la Communauté, notamment de la Commission, dans le secteur du droit maritime et particulièrement dans le raidissement de son attitude à l'égard des conférences maritimes ? Il semble bien que l'on puisse parler de raideur. «*L'impression générale que l'on retire de l'étude de l'application par la Commission des règles de concurrence aux transports maritimes, c'est, à l'évidence, celle d'une grande rigueur*⁶⁷³», écrit Pierre Bonassies qui souligne une certaine étroitesse de jugement dans l'interprétation des textes, «*un caractère trop souvent abstrait* » des observations. «*Les observations de la Commission pour justifier l'abrogation du règlement de 1986 n'emportent pas totalement la conviction. Il y a beaucoup d'imprécision, d'incertitude dans ses affirmations (...) Tout cela demeure bien flou. Il reste que « Rome a parlé. »*⁶⁷⁴ » Méconnaissance de ce brin de souplesse en plus qui est, depuis jamais, face aux *grandeurs et servitudes* du métier, le privilège de compensation du droit maritime ? Peut-être bien. Parlera-t-on – certains l'ont fait d'*ultra libéralisme* ? Il apparaîtra, certes, et ce serait à rebours, que nombre de décisions de la Commission sont privatives de libertés que les armateurs souhaitaient conserver. Notamment celle de... brider librement leurs mutuelles libertés par des arrangements conjoints générateurs de bénéfices. «*C'est un phénomène classique dans l'économie libérale que de voir les entreprises limiter elles-mêmes leur liberté d'action, pour éviter les conséquences de*

⁶⁷¹ Article 2 – définitions – point 1 du règlement 823/2000

⁶⁷² Bonassies P., *Droit maritime*, édition 2010, p. 254.

⁶⁷³ Ibid. p. 249. *Raideur* et *rigueur* ont dans un certain sens, celui que nous croyons découvrir ici, de fortes parentés sémantiques.

⁶⁷⁴ Ibid. p. 252 ; voir aussi p. 253.

*la concurrence.*⁶⁷⁵ » Or sans doute est-là l'un des points d'achoppement susceptibles de remettre en cause un certain *angélisme* des premiers penseurs libéraux qui, comme Adam Smith, voyaient dans « *la main invisible du marché* » la garantie d'un équilibre des prix, le facteur des harmonies sociales⁶⁷⁶. L'action de la Communauté aurait à trouver sa place au sein d'un mouvement qui cherche à garantir la santé du libéralisme en le guérissant de ses maux. C'est-à-dire à promouvoir une économie pleinement gérée par les mécanismes de la concurrence.

D'autres mesures, nonobstant, présentent un aspect protectionniste.

III. Des mesures à vocation plus protectionniste.

On pourra juger que les mesures dont il s'agit peuvent se situer dans le droit fil des toutes premières décisions de droit maritime arrêtées par ce qui était alors la Communauté, non pour amener à résipiscence certains Etats membres rétifs mais pour contrer des menaces extérieures et notamment, comme nous l'avons vu, dès 1977, la concurrence de ce que l'on appelait alors les *pays de l'Est*. Il ne s'agit pas, pour autant, d'une volte-face à l'endroit du libéralisme et les concurrences extérieures ici visées, contre lesquelles on entend se protéger, sont, jugera-t-on, des formes illégitimes de la concurrence.

- Tel est le cas des pratiques tarifaires déloyales dans les transports maritimes contre lesquelles entend lutter le troisième règlement 4057/86/CEE⁶⁷⁷ du Conseil daté du 22 décembre 1986, lequel relève que « *certaines pratiques déloyales de compagnies de pays tiers entravent la libre participation des armateurs de la Communauté au trafic de ligne international* », estimant notamment que *ces pratiques déloyales consistent à appliquer au transport de certaines catégories de marchandises des taux de fret régulièrement inférieurs aux taux les plus bas pratiqués pour les mêmes marchandises par des armateurs établis et représentatifs des compagnies* ». Le règlement souligne à la fois l'importance et la difficulté du problème, augmentées par l'insuffisance des législations existantes : « *il n'existe pas de règles internationales reconnues qui définissent en quoi consiste un prix déloyal dans le domaine des transports maritimes*⁶⁷⁸ »

⁶⁷⁵ Ibid. p. 239

⁶⁷⁶ Encyclopédie Encarta 2006, article *Libéralisme (politique, économie)*. On notera que nombre des premiers théoriciens du libéralisme étaient Français : Benjamin Constant, Alexis de Tocqueville et Vincent de Gournay, l'auteur de la formule connue : « *Laissez faire, laissez passer* »

⁶⁷⁷ Règlement 4057/86/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relatif aux pratiques tarifaires déloyales dans les transports maritimes *JOCE L 378 du 31/12/1986*

⁶⁷⁸ Ibid.

Il est nonobstant vrai qu'existe une réglementation générale ayant pour objet de lutter contre une fixation des prix du commerce à des niveaux plus bas que ne commanderaient les logiques de vente ou les conditions de la production. La raison ? Ces pratiques, appelées *dumping* en anglais, tendent à fausser la concurrence en installant la confrontation des concurrents potentiels en deçà des réalités du marché. Seul gagne à ce jeu celui qui a les reins solides et qui s'installera dans des gammes de prix beaucoup plus élevées quand ses rivaux seront terrassés. Conclura-t-on que le libéralisme aspire à découvrir les équilibres de la société dans un retrait des règles et trouverait... dans des règles indispensables un moyen propre à sa survie ? Le *dumping* est donc combattu ; sa forme la plus franche est largement prohibée : c'est la vente à perte. Et l'OMC permet à ses pays membres, en cas de *dumping* avéré, de protéger leur propre production par l'application d'un droit de douane aux importations de prix cassés.

La vocation protectionniste du règlement 4057/86 est donc à situer dans un cadre indiscutablement libéral. Ce règlement prévoit de compenser le préjudice en appliquant sous certaines réserves une taxe à l'entrée. « *Lorsqu'il ressort d'une enquête qu'il y a pratique tarifaire déloyale, qu'un préjudice en résulte et que les intérêts de la Communauté nécessitent une action communautaire, la Commission propose au Conseil, après la consultation prévue à l'article 6, d'instaurer un droit compensateur* ⁶⁷⁹ ».

Pour autant, ce règlement définit limitativement le champ d'application de cette mesure. « *Il ne s'agit pas de taux de fret très bas, tels qu'ils peuvent pratiqués par des compagnies exploitant des navires anciens avec un équipage sous-payé* ⁶⁸⁰ », mais de taux de fret imputables à des « *certaines pratiques déloyales* » mettant en cause un certain interventionnisme « *de pays tiers* ». Le règlement précise que la notion de « *pratiques tarifaires déloyales* » engage exclusivement « *l'offre régulière, pour le transport de certaines marchandises ou de toute marchandise sur une ligne à destination, en provenance ou à l'intérieur de la Communauté, de taux de fret qui sont inférieurs aux taux de fret normaux pratiqués pendant une période d'au moins six mois, lorsque de tels taux inférieurs sont rendus possibles du fait que l'armateur concerné bénéficie d'avantages non commerciaux qui sont octroyés par un État qui n'est pas membre de la Communauté* ⁶⁸¹ ». Deux conditions donc : l'intervention d'un pays tiers, un constat s'étalant sur une demi-année. Par ailleurs, « *le montant des droits ne doit pas dépasser la différence entre le taux de fret effectivement*

⁶⁷⁹ Ibid. Article 11.

⁶⁸⁰ Bonassies P., *Droit maritime*, p. 95.

⁶⁸¹ Article 2, deuxième alinéa du règlement.

*praticué et le taux de fret normal visé à l'article 3 point c). Il doit être inférieur à cette différence si un montant moins élevé suffit pour mettre fin au préjudice.*⁶⁸² » La décision revient au Conseil qui, sur proposition de la Commission, doit, à la majorité qualifiée, se prononcer sous un délai de deux mois. Ce Conseil doit tenir aussi « *dûment compte des considérations de politique du commerce extérieur ainsi que des intérêts portuaires et des considérations de la politique maritime des États membres concernés.* »⁶⁸³ » Donc il s'agit, au total, d'une mesure appropriée remplie de prudence politique.

- Il en va pareillement de l'action coordonnée en vue de sauvegarder le libre accès au trafic transocéanique qui fait l'objet du dernier règlement 4058/86/CEE⁶⁸⁴ du Conseil du 22 décembre 1986. Ce règlement relève dans ses attendus que « *certaines pays, par suite de mesures qu'ils ont prises ou de pratiques qu'ils ont imposées, ont faussé l'application du principe de concurrence loyale et libre dans leurs échanges maritimes avec un ou plusieurs États membres de la Communauté* »⁶⁸⁵. Si la « *restriction de l'accès au transport de vrac* »⁶⁸⁶ semble particulièrement visée, laquelle « *aurait une incidence négative sur les flottes marchandes des États membres et augmenterait sensiblement les coûts de transport du vrac, ce qui affecterait sérieusement les intérêts commerciaux de la Communauté* »⁶⁸⁷, les termes du règlement s'appliquent d'indistincte façon « *lorsqu'une mesure prise par un pays tiers ou par ses agents limite ou risque de limiter le libre accès des compagnies maritimes des États membres ou de navires immatriculés dans un État membre conformément à sa législation, au transport (...) de personnes ou de marchandises* »⁶⁸⁸.

Plusieurs formes sont envisageables pour l'action coordonnée. En tout premier lieu des « *représentations diplomatiques à l'adresse des pays tiers concernés* »⁶⁸⁹ » dont le deuxième paragraphe de l'article 4 indique en clair qu'elles « *précéderont* » toute autre mesure. Ensuite, et donc en cas d'insuccès, l'adoption de « *contre-mesures envers la ou les compagnies maritimes des pays tiers concernés ou la ou les compagnies maritimes d'autres pays bénéficiant des mesures prises par les pays concernés, agissant en qualité de compagnie maritime nationale ou de compagnie maritime tierce dans le trafic communautaire.* »⁶⁹⁰ » Il est

⁶⁸² Ibid. Article 13, alinéa 3.

⁶⁸³ Ibid. Article 12.

⁶⁸⁴ Règlement 4058/86/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 concernant une action coordonnée en vue de sauvegarder le libre accès au trafic transocéanique *JOCE L 378 du 31/12/1986*

⁶⁸⁵ Introduction du règlement 4058/86/CEE

⁶⁸⁶ Ibid.

⁶⁸⁷ Ibidem

⁶⁸⁸ Ibid. Article premier, alinéas 1 et 6.

⁶⁸⁹ Ibid. Article 4, premier paragraphe, alinéa a.

⁶⁹⁰ Ibid. Article 4, premier paragraphe, alinéa b.

précisé que ces contre-mesures imposeront aux navires concernés l'obligation d'obtenir une autorisation de chargement, de transport ou de déchargement, virtuellement assortie de contingentements, de taxes ou de droits. Le Conseil doit statuer dans les mêmes conditions que précédemment, le règlement précisant à nouveau qu'il lui faut tenir « *dûment compte des considérations de politique du commerce extérieur ainsi que des intérêts portuaires et des considérations de la politique maritime des États membres concernés.* »⁶⁹¹ »

Faute de décision prise par le Conseil dans les délais de deux mois prévus, « *les États membres peuvent, unilatéralement ou en groupe, appliquer des mesures nationales, si la situation l'exige* »⁶⁹² ». Ils y sont autorisés, sans délais, dans une situation d'urgence.

Ici aussi, donc, la démarche « *protectionniste* » est d'inspiration largement libérale. En conclura-t-on que le droit communautaire, qu'il soit général ou maritime, est idéologique et défini dans un cadre insensible au virtuel changement des aspirations démocratiques ? Un droit programmé qui se contraint dans un cadre ? Il est vrai que le traité de Rome où s'enracine ce droit, fut une alternative aux schémas soviétiques installés dans les pays de l'Est. Il est tout aussi vrai que ce libéralisme accompagne aujourd'hui le mouvement du monde où les conquérants sont des conquérants de marchés – surpuissants, plus puissants souvent que l'Etat d'où provenait la Loi, mais présentant, nous l'avons dit, le défaut de ne penser que l'instant, le proche ou l'immédiat⁶⁹³. Vrai qu'aucun crédible schéma de société, différent de celui qui s'est installé, ne semble aujourd'hui s'imposer dans les débats publics. Et le droit se doit de refléter, tant soit peu, l'ordre établi du monde.

Existe-il une seule voie pour le libéralisme ? Est-il uniquement marchand ? Le libéralisme keynésien, plus soucieux des hommes, a-t-il fait son temps ? Ces questions-là seraient à poser, sans doute, aux économistes. Il nous suffira de relever que tout un pan de la politique maritime européenne échappe à ces remarques : une politique attentive à la sécurité des navires et surtout des hommes et qui se donne le souci de préserver la mer. Il en sera reparlé.

⁶⁹¹ Ibid. Article 3, quatrième alinéa.

⁶⁹² Ibid. Article 6, paragraphes 1 et 2. Le professeur Bonassies signale à ce propos la parenté qui existe entre le règlement européen qui nous concerne et la loi française du 24 décembre 1983 relative aux aides excessives apportées par des États tiers à leur marine de commerce et aux mesures de rétorsion qui sont alors envisagées, *ibid*, p.102.

⁶⁹³ Il arrive au demeurant que l'on reproche aux grands partis politiques européens de n'être pas des *partis*, chercheurs d'alternatives et de chemins, mais, se limitant ou presque à des élus, des collègues électoraux chaleureusement rémunérés.

Droit de sources souvent lointaines, le droit maritime - aujourd'hui plus qu'hier, et sans doute observera-t-on qu'il n'est pas le seul dans ce cas mais qu'il est particulièrement concerné – tend à prendre ses assises au large de l'Etat, pourvoyeur traditionnel d'une source essentielle du droit : la Loi. Si l'on voit, dans les temps d'aujourd'hui, les jurisprudences des tribunaux, particulièrement celle des hautes Cours imposer leur puissance – à quelque débat qu'invite à ce propos le droit français – cette jurisprudence du juge est, en droit maritime, à son tour chahutée par des arbitrages privés. Rien ici n'est totalement nouveau, l'arbitrage ne l'étant pas. Ce sont d'ailleurs d'anciennes sources, où prédominent des dispositions coutumières ou contractuelles, à quoi cet arbitrage offre un crédit tout neuf. Si les sources du droit maritime, au total, ne sont pas nominalement changées, chacun peut voir que ces sources sont aujourd'hui troublées. Déjà le schéma traditionnel des sources où l'on met en exergue une suprématie de la Loi, semble caduc pour le juriste maritime. D'aucuns diraient que le droit maritime – ou plutôt le droit maritime *aussi* – prend l'air d'un droit malade de ses sources.

SECONDE PARTIE : LES SOURCES TROUBLEES DU DROIT MARITIME

Qu'il y ait à parler de droit malade – on sait qu'il existe des « maladies du droit »⁶⁹⁴ qui parfois sont anciennes – ou qu'on veuille apercevoir un simple trouble des sources, il semblera nécessaire au départ d'établir un diagnostic (titre 1). Au vu duquel il sera de bonne logique d'apercevoir les voies qui sont recherchées pour une démarche thérapeutique (titre 2).

⁶⁹⁴ Selon le titre de la conférence connue donnée en janvier 2005 en Grand'chambre de la Cour de cassation par M. Jean-Denis Bredin, agrégé de droit, ancien professeur à la faculté de droit de Rennes et membre de l'Académie Française.

TITRE 1 : LE DIAGNOSTIC CLINIQUE

Le droit maritime – il convient sans doute de ne pas trop *rêver* – s’il est toujours un droit du large, est autre chose aujourd’hui qu’un droit d’audacieux marins, « *routiers et capitaines* » et qu’un poète voyait partir, défiant la mer et la mort, « *Ivres d’un rêve héroïque et brutal* »⁶⁹⁵. Il est, dans une large mesure, un droit commercial, un droit marchand. Que la marchandisation générale de tout l’expose à des tempêtes nouvelles, à de fortes fièvres de l’or qui sont quêtes d’argent, n’empêche en rien d’anciennes parentés. « *Le droit du commerce est né de la navigation maritime*⁶⁹⁶ » et les activités du droit maritime, à leur tour, sont essentiellement commerciales en telle façon que le droit commercial maritime est « *le noyau dur autour duquel la discipline se bâtit*⁶⁹⁷ ». Reste que le droit maritime est dans la tourmente et que ses sources, autrement dit ses références ou, si l’on veut ses réserves de légitimité, sont prises dans le gros temps d’une époque ou tout, ou presque, est remis en cause. Dans cette tourmente-là, nous pensons devoir distinguer des concurrences et peut-être parfois des antagonismes entre les références traditionnelles, une sorte de *rivalité forte des sources* (chapitre 1). A cela s’ajoute, un peu comme un effet de la fièvre, un passage progressif du désordre des sources à des situations de conflits (chapitre 2).

⁶⁹⁵ José-Maria de Hérédia *Les Conquérants* in *Les Trophées*.

⁶⁹⁶ P. Chaumette, DMF 2002. 622. Présentation de la thèse de doctorat éditée de Bénédicte RAJOT, *Transports maritimes et concurrence communautaire - La confrontation*, Ed. Economica, Paris 2001, 310 pages.

⁶⁹⁷ Rajot Bénédicte, *Transports maritimes et concurrence communautaire – La confrontation*, Ed. Economica, Paris 2001, p.6

Chapitre 1 : La forte rivalité des sources.

Le mot *guerre* aurait bien pu nous tenter qui peut-être eût été abusif en ceci qu'il exprime une extrême violence. On conviendra parallèlement que le mot *concurrence* est bien doux pour désigner les luttes assez peu feutrées, les affrontements dans la coulisse et donc les antagonismes où les Etats – si peu que s'en aperçoivent les peuples – ont la tête un peu baissée par leurs batailles perdues. La rentabilité, l'efficacité, le temps qu'il faut gagner sont les valeurs qui l'emportent - et la puissance appartient à qui sert bien ces dieux-là. Reste à concilier le monde et le droit qui a pour fonction d'en rechercher l'équilibre. Aussi bien découvre-t-on pleine actualité dans le célèbre jugement de Pascal : « *Il faut donc mettre ensemble la justice et la force et pour cela faire en sorte que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste.* »⁶⁹⁸ » Disons que, *pour cela*, les sources du droit maritime aujourd'hui sont engagées dans de rudes compétitions. Guerre ou concurrence ? Ou forte rivalité ? Si nous retenons le mot *rivalité*, ne récusant aucun des autres, il nous faudra voir que cette rivalité-là surgit entre la Loi⁶⁹⁹, source essentielle - et par quoi s'affirmait l'Etat traditionnel - et les pratiques normatives⁷⁰⁰ des acteurs du droit maritime (section 1). Pareillement, la jurisprudence, dans le moment même où sa qualité de source est de plus en plus reconnue, se heurte en droit maritime à la puissance et l'efficacité de l'arbitrage (section 2).

Section 1- La Loi, source concurrencée par les pratiques normatives des acteurs du droit maritime.

Déjà le schéma traditionnel des sources où l'on met en exergue une suprématie de la Loi, semble dépassé pour le juriste maritime. Est-ce une révolution ? Nous l'avons déjà signalé, l'histoire du droit maritime illustre un mouvement de balancier pérenne entre ce qui appartient aux puissances publiques et ce qui, plus informel, d'origine privée, ressortit à l'usage des jours. Le droit maritime commercial est un droit très ancien, trouvant ses origines dans l'antiquité⁷⁰¹. D'origine « *constituée d'usages communs non codifiés, il assurait la base juridique nécessaire aux relations commerciales* »⁷⁰². On sait que ce droit, coutumier de par sa naissance, international de par son champ, subira de façon progressive une emprise

⁶⁹⁸ Pascal, *Les Pensées*, in Anthologie Lagarde et Michard, XVII^e siècle, Ed. Bordas, p. 153.

⁶⁹⁹ Nous envisageons ici la Loi dans un sens très large (puisqu'elle est représentée notamment par les conventions internationales qui recueillent la volonté des Etats sous forme de contrats signés et ratifiés)

⁷⁰⁰ Lesquelles pratiques sont volontiers, sinon les *sources* (car il est souhaitable de conserver ce mot pour désigner du *droit formé*) mais les références de l'arbitrage.

⁷⁰¹ Sur ce point, voir nos précédents développements

⁷⁰² Morin M., *Le droit maritime : diversité ou fragmentation*, ADMO 1997, p.283

normative, internationale et nationale à la fois. Par un troublant retournement, c'est l'initiative privée, l'initiative des marchands, que l'on voit resurgir en toute force aujourd'hui, débordant la puissance publique et pliant pour une part le droit maritime aux nouvelles données de la mondialisation. Nous examinerons d'abord les défis, posés par l'accélération du monde, à l'initiative publique (I). Nous apercevrons dans un second temps les insuffisances de la régulation publique, vieillissante ou mal ajustée, laquelle s'exprime très nettement dans l'évolution des titres de transport, dans la concurrence très inégale que cette évolution fait apparaître entre l'initiative publique et les acteurs privés (II).

I. Les défis, posés par l'accélération du monde, à l'initiative publique.

Ces défis tiennent aux conditions modifiées du transport maritime, à la physionomie bouleversée du secteur maritime.

Un petit nombre de constats directs suffiront à marquer ces bouleversements très nets. L'importance du transport maritime est une réalité d'hier. L'importance du transport maritime est une vérité d'aujourd'hui. L'importance du transport maritime encore – il y a très peu de doutes à cela - comptera parmi les vérités de demain. Mais tant de choses ont tant changé ! Tant changé dans la profondeur des temps mais particulièrement, chacun le sait, dans le cours de très récentes décennies. « *Les armements, par exemple, ne sont plus les mêmes. Naguère, le navigateur et les commerçants mettaient en commun leurs moyens et leur destin pour organiser « une expédition » ; aujourd'hui l'heure est aux puissants holdings et aux consortiums qui exploitent d'immenses flottes, dans des conditions de concurrence redoutables, et selon des modalités juridiques de plus en plus complexes* »⁷⁰³. C'est l'une des conséquences les plus visibles de la mondialisation.

Le transport maritime – et le droit maritime en conséquence - est international par essence. Ainsi que le constate le professeur Jean-Paul Rodrigue, le « [...] *transport maritime est l'épine dorsale du commerce international et, par conséquent, de l'économie mondiale.* »⁷⁰⁴. Il est au surplus un mode de transport peu coûteux. La voie maritime, historiquement, s'impose aussitôt qu'il s'agit de traverser les mers. Elle est uniquement concurrencée par le transport aérien dans les situations les plus pressées mais pour de modestes volumes en raison des prix de revient. Rappelons que 90 % des marchandises aujourd'hui transportées dans le monde empruntent la voie des mers. On ne s'étonnera pas,

⁷⁰³ Ndende M., *La mutation des entreprises du secteur des transports maritimes*, DMF 1992.519

⁷⁰⁴ Rodrigue, J-P et al. (1998), chapitre 3, *Les modes de transports*, Site Web *Géographie des Transports*, Hofstra University: Department of Economics and Geography.

dans ces conditions, que le monde maritime, et bien évidemment le droit maritime, aient connu de très importantes mutations, à compter tout particulièrement du milieu du XXe siècle. Ainsi que le fait apparaître le professeur Delebecque, « *Le transport maritime a connu ces dernières années de profondes évolutions, d'ordre technique avec la conteneurisation et les exigences de logistique, d'ordre économique avec la massification des échanges et les économies d'échelle, et, bien entendu, d'ordre juridique : éclatement des conventions internationales, inflation jurisprudentielle, multiplication des transactions* »⁷⁰⁵. Dans le cadre des mutations qu'évoque en bref cette vigoureuse synthèse, il nous faudra situer de significatifs défis du droit maritime. Il nous faut d'abord en retenir deux éléments qui nous paraissent essentiels et comme originaires : au départ la naissance de la conteneurisation (A) puis, conséquence et cause, et très révélateur à bien des égards, l'avènement du transport multimodal (B).

A. La naissance de la conteneurisation

L'une de ces plus importantes innovations techniques affectant les conditions du transport maritime, est l'invention du conteneur.

Le conteneur d'expédition, signalons-le pour mémoire, a vu le jour au milieu du XXe siècle à l'initiative de l'américain Malcolm Mc Lean, initiant une véritable révolution dans l'univers du transport de marchandises et tout particulièrement du transport maritime. Les conteneurs, caisses aux dimensions normalisées⁷⁰⁶, vont en effet permettre de grouper les marchandises, économisant une grande partie du lent travail des dockers et raccourcissant de considérable façon les délais de chargement de la marchandise au port, autant bien entendu que les délais de son déchargement.

Dans un discours daté de janvier 2002, Robert Bonner, Commissaire des douanes des Etats-Unis d'Amérique, après avoir salué la mémoire de l'inventeur, disparu à l'âge de quatre-vingt-cinq ans dans les mois précédents, souligne en termes décisifs l'exceptionnelle ampleur de son innovation. « *Malcolm McLean a inventé le conteneur d'expédition dans les années 1930* ⁷⁰⁷ *alors qu'il se trouvait assis sur un quai du New Jersey à attendre toute une journée qu'une cargaison qu'il avait apportée dans son camion soit chargée sur un navire. Il*

⁷⁰⁵ Delebecque P., *L'évolution du transport maritime, Brèves remarques*, DMF 2009.699

⁷⁰⁶ « *La largeur de ces « boîtes » universellement adoptée est de 8 pieds (2,438 m). Plusieurs standards existent pour la longueur, les plus courants étant de 20 et de 40 pieds (6,096 et 12,192 m respectivement). Quant à la hauteur, elle est en général identique à la largeur, soit 8 pieds* », Bindel S., *navires de commerce*, in encyclopédie universalis.

⁷⁰⁷ Entre l'idée, venue au jeune Malcolm McLean dans les années 1930 et la réalisation concrète et fiable du projet, bien des années s'écouleront. La date ordinairement retenue pour la création du conteneur est 1956.

*imagina un meilleur moyen d'emballer les marchandises et de les transporter par mer – les placer dans de grandes boîtes en acier faciles à charger sur les navires. Il lui venait ainsi une idée qui devait changer la face du monde commercial.*⁷⁰⁸ »

Le même article, citant le témoignage d'un ancien docker, fait apparaître qu'en « [...] 1970, il fallait 108 hommes pendant cinq jours pour décharger un cargo transporteur de bois. Puis il y a eu la conteneurisation. Huit hommes en un jour suffisent aujourd'hui pour la même tâche. En jours-personnes, cela représente une diminution de 98,5%, de 540 au total à seulement 8 ».

La conteneurisation représente une authentique révolution dans le champ du transport maritime. En vérité, les conséquences de la conteneurisation se sont manifestées, par une sorte de phénomène de foudroyante contagion, dans tous les domaines du transport. On les découvre essentiellement dans la vitesse d'exécution des tâches (1) On les découvre aussi, conséquence de la conséquence, en tout ce qui regarde les quantités et les volumes (2).

1. *La vitesse.*

La dynamique du secteur des transports est à tout moment la somme ou plus exactement la résultante de forces internes et qui interagissent. Or, ainsi que le constate Jacques Colin, « depuis le milieu des années 70, et dans un mouvement qui s'accélère, le transport de marchandises fait l'objet d'une profonde transformation sous la pression de la démarche logistique des industriels et des distributeurs. Ceux-ci veulent maîtriser et gérer au plus près la circulation physique des flux de marchandises que leurs entreprises reçoivent, transforment et expédient.⁷⁰⁹ » De ce fait, comme aussi de la possibilité nouvelle d'aller plus vite, l'obsession de gagner du temps – tout au moins la volonté de ne pas en perdre – envahit tous les secteurs de l'activité maritime. « *La vitesse des navires s'accroît [...] pour augmenter le rythme de rotation. En 1967, la vitesse habituelle d'un cargo a ainsi doublé par rapport au début du siècle : 8 noeuds (soit 33 km/h, près de 800 km/jour). Ces gains de vitesse vont se poursuivre : les grands porte - conteneurs naviguent aujourd'hui à 25 nœuds* »⁷¹⁰. Corollairement⁷¹¹, se répand la volonté de limiter la durée des escales – et sans doute était-ce

⁷⁰⁸ Bohlman M., *Hommage à Malcolm McLean, inventeur génial du conteneur*, article rédigé à propos d'une allocution prononcée au Centre d'études stratégiques et internationales par Bonner R.-C., Commissaire des douanes des États-Unis, à Washington, DC, le 17 janvier 2002, rapporté par l'Organisation Internationale de normalisation le 29 avril 2007.

⁷⁰⁹ Colin J. *Du conteneur à la logistique, vers la dissolution des modes de transport ?*, Centre de recherche sur la culture technique, Neuilly-sur-Seine, revue *Culture technique*, n° 19, 1989, p. 216.

⁷¹⁰ Bohlman M., *Hommage à Malcolm McLean*, op.cit.

⁷¹¹ D'autres modifications corollaires pourraient être signalées : la volonté des industriels de produire à *flux tendu* ce qui revient à limiter l'entreposage et les frais qui s'y rattachent ou, d'une certaine façon, d'*entreposer* sa

là pourtant la récompense et le repos du marin d'antan – dans toute la mesure où l'immobilisation dans les ports apparaît alors onéreuse (les *jours de planche* ont un coût) mais aussi contreproductive : on sait par l'aphorisme anglo-saxon que *time is money*. On veut en gagner plus et par conséquent plus rapidement. Conséquence de la conséquence et d'une obsession du temps désormais partagée par chacun : la nécessité, pour mieux répondre aux nouvelles contraintes de modifier, d'adapter les infrastructures portuaires avec, notamment, partout, l'installation d'appareils de levage spéciaux. « *Une grue spéciale soulève les conteneurs un par un, voire de plus en plus par quatre, et les charge directement sur les trains ou les camions en attente. Un port bien équipé, (Rotterdam, Hambourg ou Singapour), possède plusieurs quais et grues où peuvent ainsi charger ou décharger des dizaines de bateaux en même temps.*⁷¹² »

Dans ces conditions, la preuve est vite administrée que *le temps, c'est de l'argent*. Le transport maritime, aux yeux du marché, reste – et de très loin – le transport le plus *rentable* et d'autant plus que la conteneurisation se caractérise à tout le moins par une contraction remarquable des coûts. « *En 1960, un cargo de ligne de 10 000 tonnes met cinq mois pour faire le trajet Europe-Japon-Europe, 60% du temps est passé à quai à attendre les opérations de manutention. En 2000, un porte-conteneurs (d'une capacité double) ne met que deux mois pour effectuer le même trajet avec des escales de 36 heures maximum. Le coût est moindre car l'automatisation⁷¹³ réduit la main d'œuvre nécessaire. Aujourd'hui le coût du transport d'une chemise d'Asie vers l'Europe n'est plus que de quelques centimes et de six euros pour un téléviseur. En 1960, il fallait payer trois fois plus cher alors que le carburant était très bon marché.*⁷¹⁴ » On devine aisément que les quantités et les volumes en ont été affectés.

2. Les quantités et les volumes.

Nous sommes passés de 600 000 conteneurs utilisés dans le monde en 1973 à 440 millions de nos jours, dont un tiers par voie maritime. On estime ordinairement que la Chine, principal constructeur, produit un million et demi de conteneurs par an. Au-delà des économies de main-d'œuvre et de temps qui se rattachent à sa conception même, il apparaît que le transport par conteneurs entraîne une impressionnante augmentation de la taille et du tonnage des navires. « *Les navires construits sont de plus en plus gros. On accroît même la*

marchandise au long de la chaîne de transport. Egalement la mise en œuvre de moyens informatiques assez performants pour qu'un conteneur expédié soit, à tout moment, localisable à tout endroit de son transport : économie de temps, toujours. C'est évidemment dans le même esprit que les conteneurs sont standardisés.

⁷¹² Site du Musée national de la marine, *L'Ere des géants ou la conteneurisation*

⁷¹³ Automatisation : anglicisme (vieilli selon Larousse) pour « automatiser ».

⁷¹⁴ Site du Musée national de la marine, *L'Ere des géants ou la conteneurisation*, op.cit.

*longueur des anciens, c'est la jumboisation. Le tonnage d'un cargo moyen (25 000 tpl) est multiplié par 10 dans les années 1970*⁷¹⁵. »

C'est l'image du cargo de jadis qui disparaît petit à petit dans la brume du temps. « *La silhouette du porte-conteneurs ressemble à celle d'un pétrolier : fond plat, machine rejetée à l'arrière, vastes ouvertures facilitant la manutention. Les conteneurs peuvent être empilés sur trois ou quatre niveaux au début des années 1980, deux fois plus en 2002, trois à quatre fois plus pour la dernière génération (dix étages en cale et huit en pontée sur l'Eugen Maersk)*⁷¹⁶ » Voilà qui, pour un peu étourdirait. Or, Selon des indications figurant plus loin dans le même article, il apparaît qu'on a fait mieux par « *l'introduction récente des méga navires accompagnée d'une nouvelle évolution des ports pour les recevoir. Appelés à transporter plus de conteneurs (vingt-trois rangées verticales), ces bateaux seraient en même temps adaptés à un tirant d'eau de 21 m pour franchir le détroit de Malacca. Cette nouvelle génération de porte-conteneurs comprend souvent des systèmes intégraux de chargement. Les cales sont aménagées en cellules juxtaposées et superposées où un système de rails permet [de] glisser les conteneurs.* »

Le volume des porte-conteneurs a été multiplié par six depuis les années quatre-vingts⁷¹⁷. « *La course au gigantisme permet d'atteindre 8500 EVP*⁷¹⁸ *en 2002, 16000 aujourd'hui. La largeur maximale est passée de 32,20 mètres à 42,5 mètres pour la classe des 8500 EVP et 45,80 mètres pour les plus de 10 000 EVP. Dans ce dernier cas, la propulsion est double avec deux lignes d'arbres et deux hélices. La montée en taille s'accompagne donc d'économies d'échelle mais il faut relativiser au-delà d'un certain palier, car l'investissement moteur devient alors important.*⁷¹⁹ » On peut sans doute penser que cet incessant gonflement de toutes les données chiffrées porte un avant goût de vertige. Ira-t-on plus loin sans devoir mesurer que l'on va peut-être trop loin ? Si le conteneur et son inventeur ont *transformé le monde*, est-on pleinement sûr que ces transformations sont toutes bonnes, étant le fondement de choses durables et solides ? Rien n'est moins sûr. « *Aujourd'hui, cette course au gigantisme s'essouffle, compte-tenu de la récession mondiale. Ces immenses navires deviennent difficiles à rentabiliser dans un contexte économique morose où les volumes transportés sont en baisse. La très grande taille peut devenir un obstacle, beaucoup de ports,*

⁷¹⁵ Musée national de la marine, *L'ère des géants ou la conteneurisation*, op. cit.

⁷¹⁶ Ibid.

⁷¹⁷ Ibidem

⁷¹⁸ EVP pour « Equivalent vingt pieds »

⁷¹⁹ Site du Musée national de la marine, *L'ère des géants ou la conteneurisation*, op. cit..

*européens ou américains peu profonds (moins de 14 m de tirant d'eau) ne peuvent les recevoir. Il leur est souvent difficile d'accéder à tous les détroits et canaux.*⁷²⁰»

Quelque étude plus approfondie ferait sans doute apparaître ici que d'autres menaces existent, inscrites indéniablement dans l'évolution sensiblement chaotique du monde actuel et dont le rapport avec le droit paraîtra direct. La recherche du profit rapide et les soubresauts de l'économie – les accélérations, les récessions, les crises – avec l'effondrement consécutif des valeurs qui, qu'on le veuille ou non, sont un indispensable accompagnement du droit, sont à regarder comme un défi permanent : comment le droit fera-t-il, qui a pour mission de vouloir l'équilibre, alors que face à lui, chahutés par toutes les accélérations, les équilibres ont tendance à se perdre ?

B. L'avènement du transport multimodal.

L'avènement du transport multimodal et son incontestable essor sont une autre illustration du désir d'en faire à la fois *plus* et *plus vite*. Nous en définirons le principe (1) puis nous préciserons cette notion de transport multimodal en examinant quelques points de vocabulaire (2).

1. Le principe.

L'un des avantages essentiels de la conteneurisation c'est de permettre que l'on enchaîne, en toute sécurité, divers modes de transports (maritime, terrestre, routier ou ferroviaire), réduisant ainsi les retards, les vols, les avaries mais aussi souvent les coûts qu'entraînent les interruptions dans l'acheminement - les *ruptures de charge*⁷²¹ – un temps perdu lors des transbordements d'un mode de *transport* à l'autre. On peut donc juger que le transport multimodal est un acquis de la conteneurisation. Le déplacement de marchandises à travers le monde nécessite presque toujours l'utilisation de divers types de transports (par exemple transports maritime et routier, transports maritime et ferroviaire ou, parfois les trois tout ensemble). Le conteneur étant adaptable à tous les types de transports, ce transport multimodal⁷²² s'est développé d'impressionnante façon pendant les décennies récentes. Une autre révolution ? Oui et non. Les transports de marchandises sur de longues distances ont

⁷²⁰ Ibid.

⁷²¹ Sur la notion de rupture de charge, M. Scapel constate le mince apport de la jurisprudence et de la doctrine. « Il faut donc s'en remettre au sens commun. Nous dirons qu'il y a rupture de charge dans un transport multimodal transmaritime, lorsque le transport maritime intervenant après une phase 'route' implique une manutention de la marchandise et non du véhicule. », op. cit., p. 834.

⁷²² Notons à ce propos que c'est la Convention internationale de Genève du 24 mai 1980, qui n'est jamais entrée en vigueur, qui a consacré cette expression de transport multimodal.

presque toujours nécessité que soient sollicités plusieurs moyens d'acheminement. C'est l'organisation technique et juridique ensemble, en bref l'organisation de cet acheminement, qui change. Et qui, peut-on penser, *change tout*. Comme l'écrit M. Scapel, « *D'un point de vue technique, le transport a toujours été multimodal. En effet, les champs de blé ne poussent pas sur les quais et, sauf rares exceptions, les usines ne tournent pas le long du bord des navires. [or, jugent-ils cependant] le transport multimodal est une notion moderne. C'est, en effet, un concept juridique de création récente. Il innove en unifiant l'enchaînement de sections de transports modaux différents* ». ⁷²³

Le transport est effectivement dit multimodal lorsqu'il permet d'acheminer des marchandises sur un trajet de porte à porte, en empruntant au moins deux modes de transport. Il est généralement organisé par un entrepreneur de transport multimodal⁷²⁴ à la demande de l'expéditeur, sur la base d'un contrat unique et avec un document de transport unique.

2. Multimodalité : quelques points de vocabulaire.

Nous utiliserons donc l'expression de *transport multimodal*, en sachant toutefois que d'autres expressions sont en usage, habituellement regardées comme étant largement synonymes. Ainsi les expressions de *transport intermodal* ou de *transport combiné* sont largement utilisées. Toutes ces expressions sont ordinairement réservées au transport des marchandises et désignent un ensemble d'opérations marquées par une simplification de la procédure, une volonté de réduire autant qu'il se peut le temps de manutention, mais encore une rigueur augmentée dans le suivi de la marchandise expédiée.

Signalons que, dans le cas d'un transport associant l'acheminement par route et l'acheminement par voie ferrée, l'expression de *ferROUTAGE* est devenue d'emploi courant. Ceci concerne donc le transport de marchandises

En vérité, cette mise en bout à bout de plusieurs moyens de transport associés pour un même déplacement, sollicite, depuis plus longtemps qu'on ne croirait, la réflexion des juristes et cela, donc, avant le gigantesque développement que nous connaissons aujourd'hui. Mais à l'origine, on parlait de *transport mixte*⁷²⁵. « *Dès que le transport multimodal transmaritime*

⁷²³ Scapel C., *Traité de droit maritime*, op. cit, p.829

⁷²⁴ La Convention des Nations unies sur le transport multimodal international de marchandises du 24 mai 1980 définit l'entrepreneur de transport multimodal comme « [...] toute personne qui conclut un contrat de transport multimodal pour son propre compte ou par l'intermédiaire d'un tiers et qui n'agit pas en tant que préposé ou mandataire de l'expéditeur ou des transporteurs participant aux opérations de transport multimodal, et qui assume la responsabilité de l'exécution du contrat ». En droit français celui-ci relève du régime juridique du commissionnaire de transport.

⁷²⁵ A ce sujet voir Scapel C. *Droit maritime*, op. cit. p. 830. L'auteur signale les études consacrées par le Doyen Ripert puis par le Doyen Rodière au *transport mixte*.

prit l'essor que nous lui connaissons, les juristes ont su répondre aux besoins de la pratique. Ils ont su 'monter' les systèmes les plus aptes à répondre à ces besoins », écrit Christian Scapel. Il reste, ajoutent-ils, que « cette richesse n'est pas parfois sans donner l'impression du désordre, ou en tout cas de l'incertitude. ⁷²⁶ »

Au plan du vocabulaire toujours, une distinction pourrait être opérée entre deux variantes du transport multimodal. C'est au moins ce que proposent les professeurs Jacquet, Delebecque et Corneloup distinguant, dans leur ouvrage consacré au droit du commerce international, le *transport combiné* et le *transport homogène*⁷²⁷.

On parlera de *transport homogène* à condition que tous les transports pour une même opération, soient « *soumis à un même régime juridique (avec solidarité) : plusieurs transports circulent sous une même lettre de voiture internationale* »⁷²⁸. Dans ce cas, soulignent les auteurs, « *les transporteurs seront tenus solidairement envers la marchandise* ». L'unicité du régime juridique entraînerait semble-t-il qu'un seul mode de transport est utilisé (par exemple, deux transports routiers successifs). Doit-on toujours parler de transport multimodal ? Au moins relèvera-t-on que l'article 1^{er} de la Convention des Nations unies sur le transport multimodal international de marchandises du 24 mai 1980, dispose que « *Les opérations de ramassage et de livraison des marchandises qui sont effectuées en exécution d'un contrat prévoyant un transport par un seul mode de transport, telles qu'elles sont définies dans ce contrat, ne sont pas considérées comme un transport multimodal international* ».

On parlera de *transport combiné*, lorsque l'on aura recours à plusieurs modes de transport pour une même opération de déplacement de marchandises, mais soumis à différents régimes juridiques. Par exemple, un transport routier suivi d'un transport ferroviaire ou maritime, un transport maritime avec, pour finir, un transport ferroviaire.

Peut-on réunir ces deux types de transport, *homogène* et *combiné*, sous un vocabulaire unique ? A l'instar des professeurs Jacquet, Delebecque et Corneloup, le Professeur Rémond-Gouilloud les évoque parallèlement mais en les réunissant sous l'appellation sensiblement changée de « *transports complexes* ». Elle entreprend en conséquence un travail de vocabulaire: « *Il faut commencer par s'entendre sur la terminologie. Une opération de transport complexe peut correspondre à deux situations bien différentes. Soit elle suppose l'intervention de plusieurs moyens de transport relevant du même mode, plusieurs navires donc, pour nous en tenir au droit maritime. Soit elle suppose l'intervention de plusieurs*

⁷²⁶ Ibid. , p. 850.

⁷²⁷ Sur ce point voir Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, Ed. Dalloz, 2nd édition, Paris 2010, p.446

⁷²⁸ Ibid.

*moyens relevant de modes de transport différents : air-mer, mer-fer, mer-route ou mer-fleuve : on parle alors de transport combiné, mixte multimodal ou intermodal*⁷²⁹ ». Rien, au demeurant, dans le cadre actuel des possibilités de la législation qui relève de simplicité. « *La première situation fait difficulté du fait de la succession de plusieurs responsables ; la seconde ajoute une inconnue du fait de la succession de plusieurs régimes de responsabilité différents.*⁷³⁰ »

Dans ces dernières hypothèses, on entendra parfois parler de *transports superposés*. Tel est par exemple le cas lorsqu'un véhicule routier portant sa cargaison de marchandises est, pour une partie du voyage, chargé lui-même à bord d'un autre mode de transport et donc sans rupture de charge. On prendra l'exemple d'un camion chargé sur un *navire roulier*⁷³¹. Les navires rouliers possèdent des rampes d'accès qui permettent aux charges sur roues d'entrer (par l'arrière) et de sortir à destination (par l'avant). C'est ce que l'anglo-américain désigne sous le vocable de Ro-Ro (*Roll-On, Roll-Off* pour « *roule en entrant, roule en sortant* »). Le navire roulier, qui se charge donc à l'horizontale, est distinct en cela du navire de charge habituel (littéralement le *cargo*) qui reçoit sa marchandise à la verticale au moyen de grues. Le roulier s'utilise, le plus souvent, sur des parcours limités.

Le vocabulaire utilisé pour la seule évocation du transport multimodal fait surgir une impression de volume et de diversité, de profusion – sans doute aussi de confusion – de masses multiformes et qu'il est difficile au droit de gérer par une approche simple.

Les professeurs Jacquet, Delebecque et Corneloup précisent que, dans toute hypothèse, *les opérations peuvent être couvertes par un titre unique.*⁷³² » Ce qui, bien entendu, ne signifie pas la mise en œuvre d'un *régime juridique* unique. Nous abordons ici (dans la relation la plus étroite avec ce que vous avons appelé *la guerre des sources* et procédant de la plus essentielle sommation du droit maritime) un domaine à bien des égards nouveau qui mobilise l'attention : le contournement de la loi par d'autres procédés normatifs, les bouleversements et les carences que traduisent, sur le plan juridique, une évolution des titres de transport exigée par le mouvement du monde.

⁷²⁹ Rémond-Gouilloud M., Droit maritime, op. cit., p.389. Le Professeur précise aussi que « *Le terme intermodal a une connotation plus économique. Le terme multimodal a été retenu par la Convention internationale de 1980, celui de combiné est préféré par la pratique.* ».

⁷³⁰ Ibid.

⁷³¹ Mais par exemple aussi, comme assez souvent de nos jours, le cas d'un camion chargé sur un train. Il faut sans doute voir dans ce transport *superposé* la version la plus récente du *ferroulage* dont nous parlions précédemment.

⁷³² Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 446

II. Les titres de transport, expression d'une concurrence entre l'initiative publique et les acteurs privés.

Aux bouleversements d'un ordre essentiellement technique aperçus dans les précédentes lignes, il convient d'ajouter d'autres bouleversements qui de façon plus directe encore appellent l'attention du juriste maritime, bouleversements que l'on pourrait évoquer en parallèle des précédents mais qui, pourtant, sont largement leur conséquence et qui concernent l'encadrement juridique obligé des opérations de transport maritime. Il apparaît notamment que les divers modes de transport – terrestre, aérien, maritime – obéissent à des références diverses et que l'organisation d'un transport international combiné, multimodal, relève en l'état de la quadrature du cercle. On constate aujourd'hui, que la source légale du droit maritime – que l'on se situe au niveau interne ou international- est vieillissante. Elle est carencée et donc inadaptée aux nouveaux besoins des professionnels du monde maritime. Nous examinerons d'abord la diversité des titres de transport et de leurs références, illustrant par là d'indiscutables tâtonnements (A). Nous esquisserons ensuite un court historique des titres de transport maritime, symptomatique des difficultés rencontrées par la volonté juridique (B).

A. La diversité des titres de transport et de leurs références.

Il est particulièrement courant qu'une opération de transport et notamment de transport par mer soit l'aboutissement d'un arrangement, d'une *affaire conclue*, d'un accord et donc d'un contrat mis en œuvre entre deux personnes physiques ou morales. Il est souhaitable, en vertu du principe « *Verba volant, scripta manent* », que le contrat soit consigné par écrit, signé des parties contractantes et rendu par là même opposable entre ces parties contractantes⁷³³. Il est indispensable, en termes de sûreté, qu'à cette fin le contrat s'appuie sur la loi dont le rôle est de garantir l'exécution du contrat. Ceci pose assez peu de problèmes, ainsi que nous l'avons vu, dans le cadre interne d'une juridiction d'Etat mais peut soulever de très épineuses questions dès lors que des frontières juridiques sont franchies. Or elles le sont presque toujours dès que sont franchies des frontières tout court (c'est *de facto* le cas dans le transport international) et tout aussi bien dans le cadre d'un transport multimodal lorsque les moyens successivement sollicités relèvent de régimes juridiques différents.

⁷³³ D'où la distinction classique entre le *negotium* qui représente la substance de l'accord et l'*instrumentum* qui en est l'expression formelle et qui tient lieu de preuve.

De là vient la complexité des questions qui s'attachent à la diversité des titres de transport comme à leur adaptation suffisante aux conditions techniques bouleversées du transport d'aujourd'hui.

Les titres de transport de tous ordres – aériens, terrestres ou maritimes – émis par les diverses compagnies (lesquels ont force probante pour établir la prise en charge par le transporteur) ont des formes et des références multiples. Ni les titres, ni leur appellation, ni les conventions internationales sur quoi se fondent leurs légitimités ne présentent de suffisantes identités selon qu'il s'agisse d'un transport terrestre acheminé par route ou par rail (1), d'un transport aérien (2), d'un transport assuré par la voie maritime (3).

1. *Cas d'un transport assuré par voie terrestre.*

Dans le cas d'un transport terrestre, sont utilisées des *lettres de voiture* et plus particulièrement :

- des *lettres de voiture CMR* pour un transport routier. Le sigle CMR atteste que cette lettre de voiture est établie en conformité pleine avec les exigences de la convention de Genève dite C.M.R. (Convention relative au contrat de transport international de Marchandise par Route), laquelle convention signée le 19 mai 1956 à Genève⁷³⁴ s'applique à fixer les conditions de transport et règle notamment les questions relatives à la responsabilité du transporteur.

- des *lettres de voiture CIM* pour un transport ferroviaire. Le sigle CIM atteste ici que cette lettre de voiture est conforme aux exigences de la Convention Internationale concernant le transport des Marchandises par chemins de fer (C.I.M.)⁷³⁵ dite Convention de Berne et signée le 25 Février 1961.

2. *Cas d'un transport assuré par voie aérienne.*

Dans ce cas de figure on utilisera des *lettres de transport aérien (LTA)*. Les termes de la LTA, qui sont régis par la convention de Varsovie⁷³⁶ du 12 octobre 1929, sont ceux d'une lettre type établie, conformément à cette convention, par l'IATA (*International Air Transport Association*). Cette lettre est à la fois contrat, preuve de prise en charge et facture. Elle vaut

⁷³⁴ Le texte de cette Convention de Genève est disponible sur le site Internet de legifrance

⁷³⁵ A quoi l'on ajoutera la Convention internationale concernant le transport des voyageurs et des bagages par chemins de fer (CIV) du 7 février 1970. La Convention de Berne a fait l'objet d'une réactualisation, signée pareillement à Berne le 9 mai 1980 et connue sous le nom de Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF). Le texte de cette convention est disponible sur le site Internet de legifrance

⁷³⁶ Ibid.

preuve d'expédition dès lors qu'y figurent le numéro de vol et la date. La LTA représente un document non négociable.

Devant la nécessité de réactualiser certains points de la Convention de Varsovie, une *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international* a par ailleurs été signée le 28 mai 1999 à Montréal. Cette convention, fort logiquement connue sous le nom de *Convention de Montréal*,⁷³⁷ fait référence, dans son article 38, au transport multimodal (appelé *transport intermodal*) mais essentiellement pour conserver ses sûretés juridiques au transport aérien.

3. Cas d'un transport par mer.

Point n'est besoin de redire ici la place prépondérante que ce transport maritime occupe dans le commerce international ; mais cette importance-là constitue peut-être une essentielle raison - nous y reviendrons plus tard – de la multiplicité des conventions. Le vocabulaire en usage est, comme on le sait, différent : ce sont les termes de *connaissance*, de *connaissance maritime* (ou dans l'usage anglais de *bill of lading*) qui sont usités⁷³⁸. La Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles en matière de connaissances du 24 août 1924⁷³⁹ fait valoir que le connaissance procède du transporteur, du capitaine ou de l'agent du transporteur. Le connaissance joue conjointement le rôle d'un reçu de la marchandise et, moyennant le paiement du fret, d'un contrat de transport aux conditions qu'il consigne⁷⁴⁰. Il vaut de surcroît titre de propriété de la marchandise et celle-ci sera remise au destinataire indiqué contre présentation d'un original.

En tant que titre de propriété, se distinguant en cela des autres titres de transport, le connaissance maritime est normalement négociable et l'original peut se transmettre par

⁷³⁷ Ibidem.

⁷³⁸ Seules les *Règles de Rotterdam* qui ne sont pas encore entrées en application ne font pas mention de l'obligation de délivrer le connaissance « A cet égard, écrit M. Scapel (op. cit. p. 637) *les Règles de Rotterdam s'inscrivent en complète rupture avec cette tradition séculaire. Le terme même de connaissance ne figure pas dans les 96 articles que compte la Convention.* ». En vérité le nom *connaissance* se trouve seulement remplacé par l'expression *document de transport* qui couvre un champ plus large et qui, sans aucun doute, ouvre une porte au transport multimodal.

⁷³⁹ Le texte de cette convention est disponible sur le site Internet de legifrance

⁷⁴⁰ Dans son article 3, 3^e paragraphe, point a, b, c, cette *Convention* précise les points suivants :

« Après avoir reçu et pris en charge les marchandises, le transporteur ou le capitaine ou agent du transporteur devra, sur demande du chargeur, délivrer au chargeur un connaissance portant entre autres choses :

a) Les marques principales nécessaires à l'identification des marchandises telles qu'elles sont fournies par écrit par le chargeur avant que le chargement de ces marchandises ne commence, pourvu que ces marques soient imprimées ou apposées clairement de toute autre façon sur les marchandises non emballées ou sur les caisses ou emballages dans lesquels les marchandises sont contenues, de telle sorte qu'elles devraient normalement rester lisibles jusqu'à la fin du voyage ;

b) Ou le nombre de colis, ou de pièces, ou la quantité ou le poids, suivant les cas, tels qu'ils sont fournis par écrit par le chargeur ;

c) L'état et le conditionnement apparent des marchandises. »

endossement⁷⁴¹. Ceci signifie que le chargeur va pouvoir transférer la propriété des marchandises transportées à un tiers acquéreur, alors même que ces dernières ne sont pas encore arrivées à destination. Ce document pourra pareillement se transmettre à tel ou tel organisme bancaire à titre de gage afin que cet organisme bancaire honore un éventuel crédit documentaire⁷⁴².

Le connaissement par conséquent cumule trois fonctions, « *une fonction contractuelle [...] une fonction probatoire [et] une fonction commerciale* »⁷⁴³.

Remis par le transporteur maritime au chargeur à la demande de ce dernier, le connaissement décrit précisément les parties (chargeur et transporteur), la quantité, la qualité et l'état des marchandises chargées sur le navire. Il mentionne au surplus la date et le lieu d'émission du connaissement, le port de chargement et de déchargement, le montant du fret etc⁷⁴⁴. A ce titre le connaissement maritime joue un rôle central dans le commerce international.

Précisons cependant que peuvent se présenter quatre formes de connaissements qui entraînent au niveau de l'utilisation des situations distinctes. Un connaissement dit " *à ordre* " – et c'est le cas le plus courant – sera négociable et transmissible au moyen de l'endossement. Le connaissement dit " *à ordre et endossé en blanc* " peut se transmettre de main en main. A rebours, le connaissement dit " *à personne dénommée* » n'est ni négociable ni transmissible et la marchandise est seulement remise au destinataire indiqué. Le connaissement peut enfin – c'est un cas particulier du cas précédent - se trouver consigné " *à ordre de l'expéditeur* " qui en disposera seul à l'arrivée, le plus souvent pour des fins commerciales.

On conviendra que ceci ne va pas sans une certaine complexité susceptible de poser parfois de véritables problèmes et tout particulièrement dans le cadre d'un transport multimodal⁷⁴⁵. Il semble assuré que le titre de transport maritime, auquel s'attache une longue histoire, est condamné pour des raisons d'efficacité à connaître des évolutions nouvelles.

⁷⁴¹ On pourrait soutenir que le connaissement est négociable *sauf mention contraire*.

⁷⁴² Le crédit documentaire est défini par le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu (P.U.F., 7^e édition, juin 2005, article documentaire, p. 319) comme une « *forme de crédit (utilisée surtout dans le commerce international) dans laquelle un banquier s'engage à la demande d'un client à verser à un tiers bénéficiaire une somme d'argent (...) contre remise de différents documents(...) en représentation du prix d'une prestation commerciale.*

⁷⁴³ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 424

⁷⁴⁴ Des réserves y sont couramment consignées (réserves au chargement, réserves au déchargement...) Voir à ce sujet J.P. Beurier (dir. de) *Droits maritimes*, op. cit. , paragraphes 345.62 à 365.64, p. 400 et 401)

⁷⁴⁵ Sur l'ensemble des notions relatives à la diversité des titres de transport, on pourra consulter l'article du professeur Delebecque, *Le transport multimodal*, RIDC, vol 50, n°2, avril-juin 1998, p.527—537.

B. Un court historique des titres de transport maritime.

Ce court historique est, nous semble-t-il, révélateur d'une accélération, d'un durcissement, d'une progressive fébrilité – pour ne pas parler d'un enfièvrement – du monde. Nous évoquerons succinctement la situation précédant l'apparition du connaissement (1), la consécration en droit du connaissement maritime (2) puis, dans la périphérie d'aujourd'hui qui s'attend à demain, la dématérialisation des titres de transport qui représente un nouveau défi pour la Loi (3).

1. La situation antérieure au connaissement.

On peut imaginer que, dans des temps plus anciens, des chargements maritimes aux dimensions probablement limitées furent pris dans un esprit de confiance à bord de navires aux tonnages modestes et voyagèrent sur la foi d'une forme orale du contrat : la parole donnée. Probablement fut-ce la règle au long de ces « *millénaires de navigation empirique, sans carte ni boussole, le plus souvent côtière, parfois au large sans autre instrument qu'une ligne de sonde* ⁷⁴⁶ ». Le nombre de ceux qui s'y risqueraient de nos jours est si limité que ce point n'appellera sans doute aucun autre développement.

D'autres raisons, qui n'ont plus cours de nos jours, ont justifié que des navires emportent des cargaisons sans délivrance obligée d'un titre de transport. « *Au Moyen Age, les modalités du transport (...) ne justifiaient pas l'émission par le capitaine d'un reçu des marchandises. Les navires, de faible capacité, ne transportaient habituellement que la cargaison d'un seul négociant, et surtout l'usage voulait, alors, que le marchand voyageât à bord, avec sa marchandise. La nécessité d'un reçu n'existait donc pas.* ⁷⁴⁷ ». Christian Scapel rapportent également qu'au bout d'un temps, la présence à bord du marchand fut remplacée par la présence de *l'écrivain* dont la tâche était de tenir le registre des marchandises avec la plus scrupuleuse des précisions. Les mêmes auteurs renvoient aux chapitres 57 à 60 du *Consulat de la Mer*, évoquant le sort que l'on réservait à cet *écrivain* si la fantaisie le prenait de frauder : « *Si le livre... est trouvé faux (cet écrivain) doit perdre le poing droit (il doit au surplus) être signé et marqué au front avec un fer chaud, et perdre tout ce qu'il a...* » ⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶ Mollat du Jourdin M., *Navigations maritimes*, in *Encyclopaedia Universalis*

⁷⁴⁷ Scapel ., op. cit. p. 639.

⁷⁴⁸ Ibid. Peut-être pourra-t-on noter que le second des châtiments susnommés prend le contrepied de la lutte engagée déjà par l'Eglise et le Droit canon contre la mutilation du visage humain.

2. La consécration en droit du connaissance maritime.

Cette consécration, au moins pour ce qui relève du droit français, remonte à l'*Ordonnance de la Marine* de 1681 bien que les premiers connaissements soient antérieurs à cette date et remontent, à ce qu'il semble, à la Renaissance. Un rapide examen d'un connaissance remontant aux décennies postérieures à cette date (on parlait – comme en atteste une gravure accompagnant le document dont il s'agit - de « *connoissements d'expédition* ») permet de mettre en évidence à la fois la nature des engagements qui sont souscrits comme la portée des réserves et précautions qui sont prises en rapport avec les incertitudes de la mer.

Dans un tel connaissance postérieur de moins d'un siècle à l'*Ordonnance de la Marine*, connaissance signé à Saint-Pierre de Martinique en 1763, nous lisons ce qui suit⁷⁴⁹ :

« Je JOYEUX, demeurant à Saint-Pierre, Maître après Dieu du navire brigantin Les Trois Amis, du port de *** tonneaux ou environ, étant de présent à St Pierre pour, du premier temps qu'il plaira à Dieu envoyer, aller à droite route à Bordeaux, connais et confesse avoir reçu et chargé dans le bord de mon navire, sous le franc tillac d'iceluy,⁷⁵⁰ de vous, monsieur Antoine Dupont, deux barriques de café, le tout sec et bien conditionné et marqué de la marque mise en marge, lesquelles marchandises promets, m'oblige mener et conduire dans mondit navire, sauf les périls et fortunes de la mer, audit lieu de Bordeaux et à les délivrer au Sieur Jean Darmonte l'aîné en me payant pour le fret la somme de dix-huit deniers, avec les avaries aux us et coutumes de la mer. Et pour ce tenir et accomplir, je m'oblige corps et biens, avec mondit navire, fret et appareils d'iceluy. En témoin de vérité, ai signé trois connaissements⁷⁵¹ d'une teneur (...). Fait à Saint-Pierre de la Martinique le vingt-cinquième jour de juillet mil sept cent soixante-trois (signé : JOYEUX)

On remarque que le connaissance porte :

- la description de la marchandise embarquée,
 - l'identification du chargeur, du transporteur et du destinataire et le nom du navire (ici l'indication du tonnage est omise),
 - en marge, les numéros d'identification portés sur les colis (ici des barriques)
- ainsi que leur lieu d'entreposage à bord,

⁷⁴⁹ Pour texte photographié de l'original, voir le site de la Librairie maritime, *Les connaissements maritimes d'autrefois*

⁷⁵⁰ En cale, donc, et non pas en pontée.

⁷⁵¹ Les connaissements étaient à l'origine manuscrits, rédigés en deux exemplaires identiques dont l'un demeurait à bord du navire. Assez vite (c'est ici le cas) trois exemplaires ont été dressés sur des formules imprimées.

- le port de départ comme le port d'arrivée lequel devra, sans autres précisions, se rejoindre « *à droite route* »
- le prix à payer,
- Les garanties « corps et bien », matérialisées par le navire...

Mais le connaissement ne porte aucune mention ni de la date de départ, ni de la date prévue pour l'arrivée qui dépendent, à l'époque, du vent mais encore – elle est invoquée dans tous les vieux connaissements – de la volonté de Dieu.

Ce premier type de connaissement se distingue cependant des connaissements ultérieurs : il n'est que l'un des éléments du dossier de transport. A l'origine, « *le connaissement constitue une reconnaissance de la prise en charge par le capitaine des marchandises à lui confiées pour le transport maritime (...) Le contrat régissant le transport était contenu dans un autre document appelé charte-partie*⁷⁵² ». En vérité, cette dualité des pièces n'a pas véritablement disparu. Dans le cas de l'affrètement au voyage où l'armateur (le fréteur) remet un navire – ou dans certains cas tel espace dans un navire - à la disposition d'un utilisateur (l'affréteur) et ce pour un voyage, ou plusieurs voyages, entre des ports convenus, la délivrance d'un connaissement dit *connaissement de charte-partie* reste la règle⁷⁵³. Ce connaissement peut être remis par l'armateur, ou le capitaine qui le représente, à la demande de l'affréteur, qui entrepose sa marchandise en occupant l'espace loué. Mais il peut être tout aussi bien remis par l'affréteur lui-même à ses propres clients, dont il accueillerait la marchandise à transporter dans un secteur vacant de l'espace qu'il a loué.⁷⁵⁴ Dans ces cas, « *le contrat est assez proche du contrat de transport lui-même, d'autant que les chartes-parties contiennent des références précises au sort des marchandises. Le fréteur toutefois, exerce une maîtrise beaucoup moins directe sur les marchandises que ne peut le faire le transporteur, ce qui explique que sa responsabilité soit allégée et dépende, avant tout, des prévisions contractuelles*⁷⁵⁵ ».

⁷⁵² Bokalli V-E. *Crise et avenir du connaissement*, DMF 1998.579. Ainsi que le rappelle le *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu, l'expression *charte-partie* ne trouve tout son sens que par référence au vieux verbe *partir* qui signifiait diviser en parts, partager. « *L'expression, précise l'ouvrage, vient de ce que les deux expéditions de l'acte étaient faites sur une seule feuille, qui était ensuite séparée en deux.*», op.cit., p.148

⁷⁵³ Ce connaissement porte alors, en langue anglaise, la mention « *to be used with charterparties* » (à utiliser avec charte-partie) soulignant par là la dualité des documents constituant le contrat.

⁷⁵⁴ Sur le connaissement de charte-partie, voir Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., chapitre 603, p. 424 et chapitre 614, p. 437

⁷⁵⁵ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., op. cit., p. 437

Soulignons que la capacité, reconnue au connaissement, de représenter la marchandise est l'œuvre de la coutume – elle s'est trouvée consacrée en droit français par la jurisprudence de la Cour de cassation dans la seconde moitié du 19^{ème} siècle - et non de la loi ⁷⁵⁶.

Tel quel, le connaissement reste un document contractuel exclusif au transport maritime. Autrement dit, ce connaissement ne couvrira que la partie maritime d'un transport dont le point de départ ou le point d'arrivée (le cas échéant les deux) se trouveraient à distance d'un port. Si malgré cela le chargeur souhaite que sa marchandise, éventuellement collectée dans ses entrepôts, soit acheminée jusqu'au destinataire (éventuellement sur son lieu d'établissement), ce chargeur va devoir bien souvent solliciter le concours d'un autre ou de plusieurs autres transporteurs (routiers ou ferroviaires). Il se verra donc remettre un autre ou plusieurs autres documents de transport, soumis à un autre régime juridique. « *Le souci du chargeur de disposer d'un document unique s'appliquant aux modes successifs de transport utilisés, et couvrant la marchandise depuis sa prise en charge jusqu'à sa livraison finale, est certainement l'une des raisons du développement du transport multimodal* » ⁷⁵⁷.

Or cette unicité de document n'existe pas, qui - pour un transport intermodal - associerait dans un unique engagement relevant d'un seul régime juridique, un chargeur et son unique interlocuteur. Comment dès lors, se demande le professeur Delebecque, « [...] acheminer dans la plus grande sécurité des marchandises au vu d'un titre unique et en utilisant au moins deux modes de transports différents ? » ⁷⁵⁸.

Signalons cependant l'existence du *connaissement direct* ⁷⁵⁹ (en anglais, *through bill of lading* ⁷⁶⁰) qui, quoique ayant déjà de l'ancienneté, pourrait représenter comme un premier pas vers le transport multimodal dûment règlementé. « *Un connaissement direct est un connaissement destiné à couvrir de bout en bout, soit un transport exclusivement maritime mais réalisé par plusieurs transporteurs successifs, soit un transport mixte (en partie maritime et en partie terrestre, fluvial ou aérien).* » ⁷⁶¹ Dans cette hypothèse un transporteur maritime initial souscrit l'engagement de faire parvenir la marchandise à lui confiée jusqu'à

⁷⁵⁶ Sur ce point Scapel C., *Traité de droit maritime*, op.cit., p.631-632.

⁷⁵⁷ Ibid., p.840

⁷⁵⁸ Delebecque P., *Le transport multimodal*, op.cit., p. 528

⁷⁵⁹ Sur ce point voir par exemple Delebecque P., *Le transport multimodal*, op. cit., p. 531- 532 Scapel C., *Traité de droit maritime*, op. cit, p. 830-831

⁷⁶⁰ Le connaissement maritime est en règle générale en anglais, « *ce qui, malgré l'obligation légale de l'usage de la langue française ne le rend pas nul parce que l'anglais est d'usage courant en matière de contrat international et parce que la loi française ne prévoit pas la nullité du document* (L. n°7561349, 31 déc. 1975, relative à l'emploi de la langue française, dite loi Toubon, JORF du 4 janv. 1976, 189). Sur ce point voir J.P. Beurrier (sous la dir. de) *Droits maritimes*, op. cit., paragraphe 345.61, p. 399)

⁷⁶¹ Le Bayon A. *Dictionnaire de droit maritime*, op. cit., 2004, p. 73

tel ou tel port qui cependant n'est pas desservi par son ou ses navires. Il sous-traitera de façon nécessaire avec un autre transporteur qu'il lui appartiendra de choisir. Il peut pareillement prendre l'engagement de livrer la marchandise, acceptée par lui sous couvert du *connaissance* direct ci-dessus, jusqu'à l'intérieur des terres en sous-traitant, dans cette hypothèse avec une entreprise de transport terrestre approchée par ses soins. Est-ce une solution parfaite au regard des suretés du droit ? Il est assuré qu'il simplifie la tâche du chargeur. « *Le connaissance direct n'est pas toutefois un document homogène(...) Dans la plupart des cas (...) le connaissance direct contient des clauses allégeant la responsabilité du transporteur. Ces clauses précisent, par exemple, que le transporteur initial (maritime) n'assure la responsabilité que du seul transport jusqu'au port de transbordement, et que la responsabilité du second transporteur sera seule engagée pour la deuxième partie du transport, et ce aux conditions des connaissances qui lui sont habituels*⁷⁶² ». Il en ira pareillement lorsqu'il s'agira par ce moyen, non plus d'enchaîner deux transports maritimes au moyen d'un transbordement mais d'articuler le transport maritime avec un ou des transports terrestres, « *le transporteur maritime stipulant que sa responsabilité cessera au port de déchargement et qu'il ne répondra pas des pertes survenues pendant le transport terrestre.*⁷⁶³ ». Et la situation reste inchangée dans le cas d'une association d'un transport maritime et d'un transport aérien. C'est ainsi que la Convention de Montréal du 28 mai 1999 qui, comme nous l'avons vu, réactualise diverses dispositions de la Convention de Varsovie relative au transport aérien, n'évoque le transport multimodal que pour couvrir le transport aérien contre les difficultés qui surgiraient. Cette convention dispose dans les deux paragraphes de son article 38 que :

1. *Dans le cas de transport intermodal effectué en partie par air et en partie par tout autre moyen de transport, les dispositions de la présente convention ne s'appliquent, sous réserve du paragraphe 4 de l'article 18, qu'au transport aérien (...)*

2. *Rien dans la présente convention n'empêche les parties, dans le cas de transport intermodal, d'insérer dans le titre de transport aérien des conditions relatives à d'autres modes de transport, à condition que les stipulations de la présente convention soient respectées en ce qui concerne le transport par air.*

D'une façon générale, l'harmonie souhaitable entre les conventions internationales régissant le transport par mer, par voie terrestre ou par avion, n'est pas réalisée. Cela relève assurément de divers cloisonnements qui ne conduisent pas à retenir des analyses

⁷⁶² Scapel C. *Droit maritime*, op. cit. p. 831

⁷⁶³ Ibid.

convergentes et puis, selon toute évidence, à des divergences sectorielles d'intérêts. La concordance juridique n'est pas faite. « *On remarquera que les solutions partielles issues de la CMR, de la Convention de Montréal ou encore de la CIM (art. 2) peuvent conduire à des conflits entre conventions internationales (ainsi, y a-t-il une incompatibilité entre les articles 2 de la CMR et 38 de la convention de Montréal).*⁷⁶⁴ »

Dans ces conditions de partage et de division, quel crédit convient-il d'accorder au connaissance direct s'il n'engage pas tout au long la responsabilité du transporteur qui l'a délivré ? « *Le plus souvent des stipulations le déchargent, à des degrés divers, de sa responsabilité pour les tronçons où il n'est pas lui-même transporteur. Le document de transport unique n'est alors qu'un leurre ; en dépit de l'unité apparente, les responsabilités afférentes aux diverses phases du transport restent émiettées.*⁷⁶⁵ »

Il apparaît clairement que la teneur des titres de transport est directement tributaire des conventions internationales auxquelles ces titres se réfèrent et que nous aurons à distinguer plus loin. Doit-on penser que la situation d'aujourd'hui connaîtra bientôt grâce à l'entrée en vigueur de la dernière de ces conventions, novatrice sur bien des points – la Convention des Nations Unies sur le transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, dite Règles de Rotterdam – l'évolution dont le transport maritime aurait bien besoin ?

Dans l'attente d'un changement, tous les efforts qui sont faits vers le transport multimodal, ne sont au fond que des palliatifs. C'est par exemple le cas du recours au *commissionnaire de transport maritime*. Le commissionnaire de transport est un intermédiaire qui prend à sa charge, depuis le départ jusqu'à l'arrivée, la totale organisation d'une opération de transport virtuellement multimodal. Il agit sous son propre nom, devenant de ce fait responsable en droit du déroulement de l'opération. « *Le commissionnaire de transport est un organisateur. C'est ce qui le différencie du courtier ou du mandataire qu'est le transitaire, ou encore du transporteur lui-même dont l'activité principale consiste dans le déplacement de la marchandise. En proposant un contrat de commission, le commissionnaire s'engage envers le commettant à accomplir pour le compte de celui-ci les actes juridiques nécessaires au déplacement de la marchandise d'un lieu à un autre.*⁷⁶⁶ » Ce faisant, le commissionnaire de

⁷⁶⁴ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., op. cit., p. 451. L'article 2 de la CMR, que l'on pourra rapprocher de l'article 38 de la Convention de Montréal, reproduit ci-dessus, dit en substance que « *Si le véhicule contenant les marchandises est transporté par mer, chemin de fer, voie navigable intérieure ou air sur une partie du parcours, sans rupture de charge (...), la présente Convention s'applique néanmoins, pour l'ensemble du transport.* » La situation de conflit ne paraît pas douteuse.

⁷⁶⁵ Rémond-Gouilloud M., *Droit maritime*, op. cit. p. 390.

⁷⁶⁶ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., op. cit. p. 446 - 447

transport maritime endosse une responsabilité particulièrement étendue puisqu'elle est appelée, par la force des choses, à couvrir l'ensemble des opérations : « *le commissionnaire est en effet responsable non seulement de son fait personnel comme tout entrepreneur, mais également des faits et des agissements des transporteurs et sous-traitants (au sens général du terme) auxquels il s'adresse* ⁷⁶⁷ ». Du moins lorsque le choix de ceux-ci ne lui est pas imposé par le chargeur, son client. Retenons que cette solution, qui certes représente pour ledit chargeur un allègement considérable de ses soucis, se caractérise par un déplacement des difficultés juridiques vers le commissionnaire et non par la résolution ni l'élimination de ces difficultés juridiques.

On aperçoit donc par là que le transport multimodal est susceptible, au regard du droit, de soulever d'importantes difficultés. Qui mettre en cause, au terme d'un tel enchaînement de transports différents, si des dommages éventuels ne sont détectés qu'à l'arrivée ? « *La première difficulté soulevée par les transports complexes est donc de preuve, écrit Martine Rémond-Gouilloud : la détermination du responsable suppose l'identification du moment où le dommage s'est produit. La conteneurisation a singulièrement accru cette difficulté : le conteneur, en général scellé au départ, n'est ouvert qu'à destination. La détermination de l'instant de survenance du dommage s'avère donc souvent impossible.* ⁷⁶⁸ »

Il se peut d'ailleurs que surviennent des difficultés additionnelles, en partie nées du silence ou de l'imprécision des textes ⁷⁶⁹.

Pour achever ce court historique des titres de transport maritime, il faut évoquer maintenant l'étape la plus récente ; elle est le fruit des progrès de l'informatique et de la télématique : le remplacement largement ébauché du titre sur papier.

3. *La dématérialisation des titres de transport : un autre défi pour la Loi.*

Cette évolution est en cours. Elle est générale et s'étend aux secteurs les plus variés de l'économie, débordant en cela, de très manifeste façon, le cadre du transport maritime et le cadre du commerce tout court. Elle est à situer dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler le commerce électronique, à propos duquel le langage le plus courant se plaît à parler « d'explosion ». « *Le recours à des moyens modernes de communication, tels que le courrier électronique ou l'échange de données informatisées, pour la conduite des opérations commerciales internationales s'est très largement répandu depuis une dizaine d'années,*

⁷⁶⁷ Ibid.

⁷⁶⁸ Rémond-Gouilloud M., *Droit maritime*, op. cit., p. 389.

⁷⁶⁹ Voir à ce sujet Scapel C. *Droit maritime*, op. cit., p. 453 -459.

[déclarent Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque et Sabine Corneloup]. *De nombreuses règles régissent aujourd'hui les contrats conclus 'en ligne' dans le but fondamental de favoriser le développement du commerce électronique, l'enjeu économique pour les Etats étant considérable.*⁷⁷⁰ ». Il n'est pas de notre propos de nous étendre ici sur la multiplicité des formes que revêt cette évolution⁷⁷¹ pour nous en tenir au contrat de transport maritime qui se trouve aujourd'hui *dématérialisé*.

Ce recours à l'électronique a bien entendu des avantages dont certains se manifestent particulièrement dans le domaine du transport maritime. Grâce à ce biais, par exemple, il est envisageable d'éviter certains risques de blocage aujourd'hui constatés, dans les ports de débarquement. C'est ainsi qu'en stricte application des normes en vigueur une marchandise objet d'un connaissement ne peut être délivrée qu'au destinataire (ou la personne dûment chargée de le représenter). Dans l'hypothèse d'un connaissement nominatif - dit " *à personne dénommée* » ou même " *à ordre de l'expéditeur*", la claire identification de ce destinataire est de nature à dispenser de la production du connaissement. Tel est aussi le cas d'un document très voisin quoique de création relativement récente : la lettre de transport maritime (LTM).⁷⁷² Tel n'est pas en revanche le cas bien lorsque le connaissement, dit " *à ordre et endossé en blanc*", se transmet de main en main faisant de son dernier porteur le destinataire effectif ou, dans le cas très répandu du connaissement dit " *à ordre* " où le destinataire est, en droit, le dernier endossataire dudit connaissement. La marchandise, alors, ne peut en principe être délivrée que sur la production de ce connaissement. « *Mais il devient courant aujourd'hui qu'à l'arrivée du navire, le destinataire, mieux le réclamateur des marchandises soit bien là, mais il n'a pas le connaissement qui lui permettrait de justifier de ses droits. Plusieurs raisons expliquent ces retards dans la transmission des connaissements : il y a la dégradation des services postaux, malgré la généralisation des transports aériens, alors que les services maritimes deviennent de plus en plus rapides ; il y a également la complexité des circuits bancaires qui accroît cette durée de transmission.*⁷⁷³ » La solution couramment pratiquée pour éviter les pertes de temps qui sont la hantise actuelle de l'économie, notamment des

⁷⁷⁰ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 288.

⁷⁷¹ On lira sur ce point l'ouvrage ci-dessus, notamment à la page 289 où les auteurs font apparaître que « *cette approche est tellement large qu'elle dépasse le cadre [de leur] ouvrage*. Christian Scapel abonde dans le même sens qui fait apparaître que « *la création et l'utilisation du connaissement électronique par certains des plus grands armateurs mondiaux, s'intègrent dans le champ plus vaste du commerce électronique* » qu'il serait long « *d'inventorier dans le détail* », in *Droit maritime*, op. cit., p. 674

⁷⁷² On pourra noter la similitude d'appellation avec la lettre de transport aérien, la LTA. Situation de similitude encore avec cette LTA : la LTM est investie des deux principales caractéristiques du connaissement maritime : elle est preuve et reçu mais ne représente pas la marchandise et n'est ni endossable ni négociable.

⁷⁷³ Bokalli V-E. *Crise et avenir du connaissement*, op. cit.

transports, consiste à remettre la marchandise transportée contre une *lettre de garantie* signée du réclamateur, lettre par laquelle il prend l'engagement de produire au plus pressé le connaissement qui lui fait défaut mais aussi de « *supporter toutes les conséquences dommageables pouvant résulter de cette délivrance irrégulière*⁷⁷⁴ ». Une façon de faire, on le voit, qui n'est pas sans risques et que le recours au connaissement électronique aurait le moyen d'éviter.

Le principal atout du titre de transport dématérialisé dans un monde qu'il cherche à conquérir et dont l'ultime sacralité serait l'augmentation du profit, tient... à son économie. C'est dans cet ordre d'idées d'ailleurs, « *afin de réduire leurs frais (que) les transporteurs aériens utilisent aussi, de plus en plus largement pour leurs passagers, les billets dits « électroniques » qui constituent des titres de transport dématérialisés.*⁷⁷⁵ »

Sauf qu'à ce connaissement nouveau, particulièrement dans le monde complexe des transports maritimes, s'attachent aussi de véritables questions de droit. La dématérialisation du connaissement, qui représente la marchandise, est plus délicat que l'informatisation de la LTM⁷⁷⁶, qui ne la représente pas. « *La vraie difficulté vient des garanties d'authenticité indispensables à la crédibilité de l'acte, et qui sont aujourd'hui conférées par la signature. La signature remplit en effet une triple fonction : l'identification de l'auteur du document, la certification du contenu et la confirmation de la responsabilité du signataire* ». On doit penser que le texte ou l'image, aisément transmis par des moyens télématiques, entraînent des risques de falsification plus élevés que l'original en présentation papier – quand bien ce dernier n'est pas entièrement protégé contre ces risques.

Il reste que la possibilité de faire jouer au connaissement électronique, au titre dématérialisé, la totalité des rôles du connaissement papier demeure aléatoire : « *malgré les subtils processus imaginés par les praticiens, il ne paraît pas possible en l'état, d'instituer une véritable négociabilité d'un tel titre.*⁷⁷⁷ » Tel est pourtant le projet des Règles de Rotterdam, dont il sera reparlé plus loin, qui consacrent leur troisième chapitre intitulé « *Documents électroniques de transport* » (articles 8, 9 et 10)⁷⁷⁸ à la dématérialisation des

⁷⁷⁴ Ibid.

⁷⁷⁵ Scapel C. *Droit maritime*, op. cit., p. 674, paragraphe 991.

⁷⁷⁶ Dans le domaine de la lettre de transport maritime, ainsi que l'écrit M. Bokalli « *une première expérience existe ; elle est même couramment utilisée. Il s'agit du Data-Freight-Receipt (DFR) créée par l' « Atlantic Container Line », consortium international fonctionnant sur l'Atlantique Nord* ». L'auteur ajoute que « *les exportations à destination des pays développés de l'Amérique du Nord, pays particulièrement solvables et crédibles, sont rarement soumises au règlement par crédit documentaire et, par conséquent, le connaissement négociable est inutile, d'où l'utilisation du DFR.* », in *crise et avenir du connaissement*, op. cit.

⁷⁷⁷ Scapel C. *Droit maritime*, op. cit., p. 674, paragraphe 992.

⁷⁷⁸ On trouvera le texte des Règles de Rotterdam sur le site de la CNUDCI

titres de transport maritime et tentent d'associer, dans une forme d'égalité de droit, le titre électronique et le titre papier. C'est ainsi que l'article 8 « *Utilisation et effet des documents électroniques de transport* », dispose dans son alinéa b que « *L'émission, le contrôle exclusif ou le transfert d'un document électronique de transport a le même effet que l'émission, la possession ou le transfert d'un document de transport* ». L'article 9 est consacré aux *Procédures d'utilisation des documents électroniques de transport négociables* ». L'article 10 envisage la *Substitution d'un document de transport négociable ou d'un document électronique de transport négociable*. Il s'agit en fait du remplacement de l'un par l'autre et réciproquement sur la demande de l'une des parties : porteur ou transporteur.

On aperçoit que l'entrée en vigueur, à grande échelle, des Règles de Rotterdam⁷⁷⁹ pourrait fournir le fondement juridique de profondes mutations qui sont attendues par beaucoup dans le domaine des titres maritimes de transport. Il est cependant vrai que l'aspect novateur de ces règles est susceptible de heurter des intérêts, tout au moins de susciter des craintes et de provoquer des réticences sectorielles.

Pour rester dans le cadre du connaissance électronique, nous conviendrons qu'il représente peut-être bien quelque nouveau défi pour le droit dans une époque où le droit paraît défié de partout. « *Compte-tenu de la pesanteur des habitudes et de la force de la routine, notamment dans le commerce maritime qui a des traditions fort anciennes, la généralisation de l'informatique n'est pas pour demain* », juge M. Bokalli⁷⁸⁰. Christian Scapel conserve des réticences. « *Le 'connaissance électronique' au plein sens du terme, paraît donc toujours procéder, actuellement, de la théorie* » mais, précisent-ils, « *seule la pratique sera à même de démontrer si un tel document électronique négociable pourra véritablement exercer la fonction de titre représentatif de la marchandise* »⁷⁸¹

Sans doute pourra-t-on conclure de ce qui précède que la Loi, dans le sens très large que nous avons dit (largement manifestée par les conventions internationales aussitôt qu'elles sont signées et ratifiées) paraît condamnée, dans la période actuelle, à *suivre*. A ce titre elle peut sembler vieillissante et marquée par les insuffisances et les lenteurs. C'est ainsi que le transport multimodal, largement laissé pour l'heure à ce qu'il est habituel d'appeler la *liberté contractuelle* et donc aux *arrangements privés*, prend une telle ampleur depuis des décennies que l'on pourrait se demander s'il ne prendra pas rang, bientôt, parmi les sources *formelles* du droit positif mais en qualité de coutume. Au moins le champ de la source légale – et nous

⁷⁷⁹ De prochains développements seront consacrés à ses Règles.

⁷⁸⁰ Bokalli V.-E., *crise et avenir du connaissance*, op.cit.

⁷⁸¹ Scapel C. *Droit maritime*, op. cit. p. 674- 675.

aurons à reparler des désordres qu'il lui faut affronter – a-t-il du mal à l'accueillir. Ainsi que l'écrivait M. Bokalli, « *malgré l'ampleur de ce développement, le transport multimodal ne bénéficie pas encore d'un cadre légal, la convention de 1980 n'étant pas entrée en vigueur. Les faits ont toujours précédé le droit, à la gestation lente. Aussi le transport multimodal reste-t-il largement abandonné à la liberté contractuelle, donc à l'initiative des professionnels.* ⁷⁸² ».

Et par voie de conséquence, à côté du connaissance direct, et face à la « faillite » de la loi, ce sont les professionnels, acteurs du droit maritime, qui ont développé plusieurs modèles de documents de transport multimodal ⁷⁸³. On peut citer d'abord *les règles uniformes pour un document de transport combiné* qui datent de 1973⁷⁸⁴. On pourra retenir que ces règles ont été construites à partir d'instruments législatifs avortés⁷⁸⁵. La même année, la conférence internationale de la Baltique, la BIMCO, créait son propre connaissance, le *Combicon bill of lading*, qui deviendra en 1977 le *Combidoc*. On peut pareillement citer, datant toujours de 1973, le connaissance, particulièrement connu, proposé par la Fédération Internationale des Associations de Transitaires et Assimilés, la FIATA, nommé *connaissance FIATA de transport combiné*.

Enfin, face à l'échec⁷⁸⁶ de la Convention des Nations unies sur le transport multimodal international de marchandises du 24 mai 1980, la Chambre de commerce international s'est rapprochée de la CNUCED, afin de mettre au point un certain nombre de règles visant à unifier le contenu des documents de transport multimodal. Ces règles, dites règles CNUCED/CCI applicables aux documents de transport multimodal, constituent un apport considérable pour les professionnels du transport. Bien qu'elles n'aient pas valeur de convention internationale⁷⁸⁷, elles ont été fréquemment incorporées dans les documents du transport multimodal. Ainsi en 1992 elles furent reprises dans le connaissance de la FIATA, le *FIATA négociable multimodal transport bill of lading 1992* et en 1995 dans le connaissance de la BIMCO, le *Multidoc 95*⁷⁸⁸.

⁷⁸² Bokalli V-E. *Crise et avenir du connaissance*, op. cit.

⁷⁸³ Ibid., p. 839

⁷⁸⁴ Ces règles ont été révisées en 1975.

⁷⁸⁵ Par exemple les règles de Tokyo du comité maritime international, *The draft Convention on Combined Transports Tokyo Rules of 1969*, ou encore le projet de convention sur le transport international combiné de marchandises d'UNIDROIT (1971).

⁷⁸⁶ Faute d'un nombre suffisant de ratifications, cette convention n'est jamais entrée en vigueur.

⁷⁸⁷ Elles ne peuvent trouver à s'appliquer que si les parties au contrat en ont décidé ainsi.

⁷⁸⁸ Sur ce point voir le rapport de 2003 rendu par le secrétariat de la CNUCED sur les transports maritimes, p. 116- 117

Il faut tout de même noter que ces modèles de connaissances contractuels n'ont pas pour conséquence d'unifier le régime du transport multimodal. Comme le souligne le professeur Delebecque, « *Le document couvre le transport depuis la prise en charge de la marchandise jusqu'à sa livraison, sans oublier de mentionner les ports et aéroports intermédiaires. Aucune unité n'est cependant réalisée : la partie aérienne sera régie par la Convention de Varsovie, tandis que la partie maritime relèvera de la Convention de Bruxelles* »⁷⁸⁹

Dans cette mesure on peut estimer que l'essentiel est encore à conquérir, à travers les obstacles et les résistances, les difficultés de divers ordres et, qu'en attendant, « *le vide juridique d'un droit uniforme subsiste.* »⁷⁹⁰

Et la tâche est énorme : elle suppose un travail de réflexion, de remise en cause et sans doute aussi cet esprit d'intérêt collectif seul susceptible d'obtenir que chacun mette de son bois au feu ; car sans doute faudra-t-il que soient dépassées les réticences sectorielles que l'on voit se manifester si souvent pour la préservation de privilèges divers. « *Il faudrait donc dégager un régime juridique unique régissant tout le transport, quel qu'en soit le mode, en cas de transport multimodal ; oui, mais lequel ?* »⁷⁹¹ Si la bonne volonté des juristes, et notamment des juristes spécialistes de droit maritime, est acquise - et peut-être même une forme d'enthousiaste mobilisation nécessaire aux conquêtes - il est assuré que les divergences se manifestent, aussi sur le choix des chemins dans lesquels il faut s'engager que sur les points d'arrivée qu'il convient d'atteindre. « *Faut-il s'inspirer, comme le suggère le Professeur BONASSIES, de la seconde partie de la Convention de Genève de 1980 ? Faut-il croiser ces considérations avec les Règles CNUCED-CCI de 1991 ? Faut-il aussi éclairer cette réflexion du régime du commissionnaire de transport français, distinct du « commissionnaire-expéditeur » belge (comme on a tenté de le faire lors du colloque précité des Associations française et belge de droit maritime de janvier 1999) ? La question est d'une riche complexité.* »⁷⁹² Les Règles de Rotterdam seront-elles un premier pas sur ce chemin ? Le nouveau Code français des transports, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2010 et qui comporte un volet maritime – dans lequel certains se proposent de découvrir une nouvelle

⁷⁸⁹ Delebecque Ph., *Le transport multimodal*, op. cit., p. 535-536

⁷⁹⁰ Bernat C., *L'exploitation commerciale des navires et les groupes de contrats ou le principe de l'effet relatif dans les contrats commerciaux internationaux*, thèse de doctorat, Bordeaux 2003, extraits en ligne in www.cedricbernat.wordpress.com

⁷⁹¹ Ibid.

⁷⁹² Ibidem.

Ordonnance de la Marine ⁷⁹³ -apportera-t-il sa pierre à l'édifice ? Il faut attendre pour se prononcer.

Dans l'attente on pourra peut-être juger qu'il existe une urgence et, qu'à rebours de ce que nous écrivions précédemment, la Loi, source essentielle de l'expression du droit, n'est pas seulement *conurrencée* par les pratiques normatives des acteurs du droit maritime : elle est en vérité *devancée* par elles et de telle façon qu'elle a du mal à les rejoindre.

Ce que nous avons appelé « la rivalité des sources » ne tient pas entièrement contenue dans la mise en concurrence de la Loi par les pratiques normatives privées. Cette « rivalité des sources » est également manifestée par la concurrence entre la jurisprudence et l'arbitrage. Il se pourrait, pourtant, que s'impose ici le souci d'un vocabulaire ajusté. Nous devons écarter l'expression « *guerre des sources* » envisagée plus haut pour désigner la remise en cause de la primauté de la Loi (*lato sensu*) par les pratiques normatives des entrepreneurs maritimes et, l'expression de « *forte rivalité* » que nous avons finalement préférée pourrait ici, pour désigner la concurrence entre l'arbitrage et le jugement, laisser la place au constat de « *rivalité croissante* » ou, tout aussi bien, de « *concurrence croissante* », étant rappelé que la concurrence est par étymologie le fait de concourir, de courir ensemble et vers un même but, chacun pour soi, sans nécessaire hostilité. Dans le champ du droit maritime, il est assuré que la source légale est puissamment concurrencée par des normes privées, de telle façon que des inquiétudes, à notre sentiment se justifient. Le jugement, manifestation de la puissance publique et source de mieux en mieux reconnue du droit, se voit rejoindre aujourd'hui plus qu'hier par l'arbitrage privé. Les deux situations sont certes liées mais ne sont pas identiques.

Section 2- La jurisprudence, une source de plus en plus concurrencée par l'arbitrage.

Au moins faut-il convenir, aussi soucieux que l'on soit de situer l'évolution du droit, général et maritime, en la rapportant à l'évolution du monde et aux plis du temps, que l'arbitrage n'est pas une récente remise en cause de la justice publique (I). Pour autant, dans les domaines qui nous occupent, il est indéniable que l'arbitrage, ou plus exactement la sentence arbitrale, s'affirme en tant que concurrent du jugement (II).

⁷⁹³ Sur ce point voir notamment le travail émanant de l'Université des Antilles et de la Guyane, sous la plume de Pierre Angelelli, *Le volet maritime du Code des Transports : une nouvelle Ordonnance de la Marine*. Centre d'Etude et de Recherche en Economie, Gestion, Modélisation et Informatique Appliquée, in <http://ceregma.eu>

I. L'arbitrage et la justice publique : à la fois concurrents et collaborateurs.

La montée en puissance de l'arbitrage est indéniable : il ne s'agit pas pour autant d'un récent palliatif à des insuffisances de la justice publique mais d'une réalité bien ancienne aux caractéristiques bien établies (A). Si l'arbitrage entretient avec la justice un double rapport ancien de concurrence et de collaboration, cette situation s'est trouvée consacrée par les évolutions récentes de l'arbitrage (B).

A. L'arbitrage, une réalité fort ancienne aux caractéristiques bien établies.

Pour se convaincre que l'arbitrage n'est pas à situer parmi les récentes évolutions du droit, qu'il n'est pas quelque chemin de traverse où le droit que nous connaissons courrait risque de s'égarer, peut-être suffirait-il de fixer son esprit sur les images, anciennes et familières à la fois, de l'arbitrage sportif. Il nous paraîtra plus opportun, pour montrer la solidité de l'arbitrage et la force de son implantation, de le caractériser par un travail pluriel de définitions (1). Cette approche sera complétée par un bref historique de l'arbitrage afin de rendre compte de son ancienneté, de sa capacité de s'adapter, de son succès croissant (2)

1. Un travail d'approche et de définitions.

On pourrait convenir, si l'on voulait procéder par image, que l'arbitrage et le jugement sont deux villages implantés sur les rives opposées d'un fleuve, absolument distincts, nettement séparés, mais cultivant de semblables terroirs et connaissant des ponts. L'arbitrage est une alternative utile au jugement public : il ne représente pas, pour lui – sauf déséquilibres futurs – une menace. L'arbitrage est un instrument que l'on peut qualifier d'alternatif pour le règlement des litiges (a). C'est un instrument de justice privée (b). L'arbitrage répond à une démarche volontaire(c).

a. Un mode alternatif de résolution des conflits.

On pourrait commencer par caractériser l'arbitrage en faisant valoir qu'il est un jugement rendu par d'autres voies, ceci dans des domaines et sous des conditions qu'il nous faudra plus loin préciser. « *L'arbitrage est un mode non judiciaire de règlement des conflits. Il trouve donc naturellement sa place dans les modes alternatifs de règlement des différends ; c'est l'un des modes alternatifs au mode judiciaire, actuellement très en vogue sur le fait que l'arbitrage est par nature un mode juridictionnel quoique non judiciaire de règlement. La différence entre l'arbitre et le juge n'est pas dans leur fonction (juridictionnelle) mais dans*

*la source de leur pouvoir : dans un cas c'est une source étatique, dans l'autre cas c'est une source contractuelle »*⁷⁹⁴.

On serrera peut-être de plus près les notions d'arbitre et d'arbitrage en soulignant que l'arbitrage n'est pas le seul *mode alternatif* qui contribue à régler des différends. L'arbitrage est en effet à distinguer soigneusement des solutions plus amiables, utilisables en premier ressort – notamment dans les différends commerciaux que connaît bien le droit maritime - et qui sont la conciliation et la médiation⁷⁹⁵. Quelques mots de comparaison seront peut-être éclairants.

En premier lieu, la conciliation comme la médiation conventionnelle peuvent être encadrées par des organismes spécifiques, ainsi en est-il, par exemple, de la chambre arbitrale maritime de Paris.

Dans le cadre d'une conciliation conventionnelle, le conciliateur va être chargé de proposer une solution aux parties en conflit.

La médiation conventionnelle quant à elle fait intervenir un médiateur qui sera chargé de permettre aux parties se trouvant en situation de conflit de trouver une solution. A la différence de la conciliation, le médiateur ne propose pas de solution, il est simplement là pour permettre aux parties en conflit de renouer le dialogue en telle façon qu'elles puissent, chacune ayant à cœur de diminuer ses prétentions, trouver le chemin de la solution.

Ces modes alternatifs de règlement des conflits présentent un avantage certain pour les parties car à rebours de l'arbitre, ni le conciliateur, ni le médiateur, ne peuvent en rien faire œuvre d'autorité. « *L'arbitrage, [estime Yves Guyon], présente un risque puisque la sentence a une valeur obligatoire. Sous réserve de l'exercice éventuel de voies de recours, le perdant sera tenu de l'exécuter, même si elle lui paraît injuste. Aussi les parties peuvent-elles tenter de régler leur différend en utilisant des procédés qui font une plus grande place à la négociation.* »⁷⁹⁶.

b. L'arbitrage, un instrument de justice privée.

Peut-être est-ce là ce qui, d'abord, surprend : l'arbitrage, alors qu'il tranche un problème essentiellement privé par des voies privées, reçoit la consécration de l'autorité publique. On pourra songer que la chose est moins exceptionnelle qu'il n'y paraît puisque, par

⁷⁹⁴ Vidal D., *Droit français de l'arbitrage commercial international*, édition bilingue anglais/français, Ed. Gualino, Paris 2004, op. cit., p.23

⁷⁹⁵ Nous n'évoquons que la conciliation et la médiation conventionnelles, mais il convient de préciser que la conciliation comme la médiation peuvent aussi être judiciaires.

⁷⁹⁶ Guyon Y., *L'arbitrage*, Ed. Economica, Paris 1995, p. 4

exemple, un notaire a le pouvoir d'établir le droit - de dresser des *actes authentiques* qui font foi⁷⁹⁷ sauf inscription de faux- cependant que le notaire est exclusivement rémunéré sur fonds privés, comme un entrepreneur, au prorata des services qu'il rend, son office étant cessible à la façon d'une entreprise. « *L'arbitrage consiste à faire trancher un litige par de simples particuliers, dont la sentence a néanmoins la même autorité qu'un jugement rendu en première instance par une juridiction étatique* »⁷⁹⁸. Il reste que le notaire est officier ministériel⁷⁹⁹, et pas l'arbitre. Un paradoxe est peut-être à découvrir en ceci : l'arbitre est tenu d'avoir, si l'on peut dire, une compétence professionnelle et de n'être pas un professionnel. « *En effet l'arbitre ne doit pas être un amateur car la compétence lui ferait défaut. Mais à l'inverse, il ne doit pas être un professionnel de l'arbitrage, c'est-à-dire une personne qui tire l'essentiel de ses revenus de cette activité, car il risque de prendre sa décision en fonction des conséquences que celle-ci pourra avoir sur sa désignation en qualité d'arbitre dans un litige ultérieur. L'arbitrage n'est pas et ne doit pas être une profession.* »⁸⁰⁰ Dans le cadre d'un travail de définition de l'arbitrage il est peut-être bon d'apercevoir cette difficulté qui pose en termes clairs un problème de choix, de compétence de l'arbitre - aux qualités presque antinomiques - et conduit à considérer les conditions de sa désignation. Ne retenons ici que les conditions de compétence : elles sont susceptibles, au nombre d'autres liens divers, de montrer quelques passerelles entre la justice privée de l'arbitrage et la justice étatique. « *La compétence vise surtout les connaissances juridiques(...) Certes de non juristes peuvent être d'excellents arbitres dans les affaires qui mettent en jeu le fait plus que le droit. Ils risquent cependant de commettre des erreurs susceptibles d'entraîner la nullité de la sentence.* »⁸⁰¹ En conséquence de quoi, l'arbitre, assez souvent choisi sur des listes établies par des organismes d'arbitrage a, presque par nécessité, des connaissances indiscutées dans le domaine du droit, se trouvant couramment retraité de quelque profession juridique : ancien bâtonnier du barreau, ancien universitaire, ancien juge (ancien président, notamment, d'un tribunal de commerce). Il reste que l'arbitre n'est pas par nécessité le sage expérimenté retiré de son activité professionnelle et des actifs ont accès, sous certaines réserves⁸⁰², à cette

⁷⁹⁷ « *Lex est quaod scribimus* » : ce que nous écrivons fait loi (devise des notaires)

⁷⁹⁸ Guyon Y., *L'arbitrage*, op.cit., p. 5

⁷⁹⁹ Le dictionnaire du vocabulaire juridique Cabrillac définit l'officier ministériel comme un « *professionnel titulaire d'un office, bénéficiant d'un monopole pour une partie de ses activités et présentant la particularité d'être investi d'une mission publique tout en ayant un statut indépendant.* »

⁸⁰⁰ Guyon Y., *L'arbitrage*, Ed. Economica, Paris 1995, p. 39. La Gazette de la chambre n°20 précise qu'il n'y a pas, en effet, d'arbitres professionnels auprès de la CAMP.

⁸⁰¹ Ibid.

⁸⁰² Au nombre de ces réserves : l'obligation pour un travailleur du privé de n'être pas tenu par contrat de réserver l'exclusivité de ses prestations professionnelles à son employeur

fonction : des avocats, des enseignants du secteur public, sans autorisation particulière de leur hiérarchie « *lorsque l'arbitrage découle de la nature de leurs fonctions. Tel est le cas des enseignants des disciplines juridiques. Les magistrats peuvent être nommés arbitres par application de l'article 8 de l'ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958.*⁸⁰³ »

Ces passerelles ne remettent pas en question l'indéniable écart entre la justice privée, discrète et certes efficace, appelée l'arbitrage et la justice d'Etat, plus solennelle et rendue par le juge, en France, au nom du peuple français. La concurrence est maintenue mais les éléments ci-dessus, parmi d'autres éléments, pourraient éclairer d'une autre clarté cette indispensable concurrence entre rivaux consentants. Ces éléments contribuent d'ailleurs à montrer qu'instrument de justice privée, l'arbitrage est complexe. « *L'arbitrage a une nature ambivalente. C'est une justice privée puisque les plaideurs, plutôt que de recourir aux juridictions d'État, donnent mission à des personnes qu'ils choisissent, de trancher le différend qui les oppose. Mais la sentence arbitrale a l'autorité de la chose jugée, comme un jugement rendu par un tribunal officiel. Par conséquent si le perdant exécute pas spontanément, le gagnant peut en poursuivre l'exécution forcée, sous la seule condition d'obtenir du tribunal de grande instance une ordonnance d'exequatur. Cette décision s'obtient de manière simple et rapide, car elle n'implique pas un nouvel examen du fond du litige* »⁸⁰⁴. Simplicité, rapidité, sont des substantifs souvent utilisés lorsque l'on parle d'arbitrage et l'on ajoute alors le mot « souplesse ».

Sans doute est-ce au demeurant son surcroît de simplicité, de souplesse, et par ailleurs de discrétion, qui fait choisir l'arbitrage.

c. L'arbitrage, une démarche volontaire, engageant des choix.

L'arbitrage est en principe⁸⁰⁵ choisi (c'est une indéniable particularité) par les parties : par ceux-là donc qu'il aura mission de départager. Les plaideurs sont là parce qu'ensemble ils

⁸⁰³ Guyon Y., *L'arbitrage*, op. cit. p. 37.

⁸⁰⁴ Ibid., p. 5

⁸⁰⁵ En principe en effet, car il peut arriver, qu'une clause compromissoire, insérée au contrat de transport, soit opposable au tiers destinataire, et dans ce cas il n'aura pas choisi d'être soumis à l'arbitrage. La question de l'opposabilité au destinataire de la clause compromissoire intégrée au contrat de transport a connu, un abondant contentieux. La question se posait de savoir si le destinataire, où son assureur subrogé dans ses droits, pouvait se voir opposer une telle clause alors qu'il ne l'avait pas acceptée. Un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation le 29 novembre 1994, décida que pour être opposable au destinataire, une pareille clause, insérée au connaissance, devait nécessairement avoir été acceptée par lui « *au plus tard au moment où, recevant livraison de la marchandise, il avait adhéré au contrat de transport* », Tassel Y., Cass. Com., du 29 novembre 1994, DMF 1995.218. La première chambre civile de la Cour de Cassation décida quant à elle le, 22 novembre 2005, qu'une clause compromissoire était opposable à l'égard du tiers destinataire, même en l'absence de consentement exprès, « *dès lors qu'il est habituel qu'une clause d'arbitrage international soit insérée dans un contrat de transport maritime international* », Cass. Civ. 1^{ère} du 22 novembre 2005, Navire Lindos, DMF

l'ont souhaité. C'est une démarche originale et presque insolite en comparaison de l'image usuelle du tribunal public où comparait, contraint par la loi, le justiciable poursuivi. Des considérations de cet ordre ont-elles une place, ici, dans le recours à l'arbitre ? « *Il est probable que l'évocation de l'arbitrage pour les opérateurs du commerce, s'opère intuitivement par référence à la notion d'une autre justice, au sens où elle se différencie de la justice des tribunaux judiciaires, mais sans exclure l'idée de justice.*⁸⁰⁶ »

On pourrait faire apparaître – et si imparfaites que soient toutes les justices d'hommes et si imparfaits que puisse être une impartialité d'arbitre ou son pouvoir de tout distinguer – que dans le choix de l'arbitrage on donne sa préférence à des valeurs *senties*, s'écartant à l'occasion de la froideur de la règle écrite, à visée générale, et s'ajustant aux faits particuliers que l'on observe : une sorte de *morale* - autant que puissent la troubler des intérêts divergents - des ensembles d'usages ou de coutumes, une confiance dans l'équité, la connaissance du terrain (de la mer en ce qui nous concerne), un référentiel de convictions portées en soi, partagées par ceux qui sont là.

La souplesse inhérente à la justice privée de l'arbitrage est attestée par l'étendue des choix qui sont offerts aux plaideurs.

Le choix, bien entendu, se manifeste d'abord dans l'option que l'on prend de recourir à l'arbitrage et cette démarche, en soi, consacre en bloc un ensemble d'éléments de définition. « *L'arbitrage désigne pour le juriste l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci. Cette forme de justice ne fait pas appel à un juge institué par l'État, mais laisse aux parties en litige le soin de choisir elles-mêmes un tiers qu'elles feront juge et dont elles acceptent par avance la sentence. L'arbitrage se caractérise donc par ses éléments essentiels : un litige qui oppose deux ou plusieurs parties, le choix de celles-ci d'en confier le règlement à un tiers (l'origine de l'arbitrage est ainsi volontaire), et le caractère juridictionnel du pouvoir de l'arbitre qui dit le droit (jurisdictio), en ce sens qu'il tranche le litige comme le ferait un juge* »⁸⁰⁷.

Il reste, et cela peut paraître évident, que la possibilité de recours à l'arbitrage – ainsi se définit le terme *arbitrabilité* couramment rencontré - n'est pas toujours offerte. « *Le*

2006.16. Enfin le 21 février 2006, la chambre commerciale de la Cour de Cassation refusa de se prononcer sur la question de l'opposabilité d'une clause compromissoire à l'égard du tiers destinataire et renvoya donc cette question à l'appréciation de l'arbitre. En effet, au nom du principe de compétence- compétence, elle estime qu'il appartient à l'arbitre, « *par priorité, de statuer sur sa propre compétence* », Cass. Com. du 21 février 2006, Navire Pella, DMF 2006.379.

⁸⁰⁶ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., éd. 2007 p. 743.

⁸⁰⁷ Bureau D. et Jarrosson C., *Arbitrage*, in *dictionnaire de la culture juridique* (Alland D. et Rials S. sous la dir. de), op. cit., p. 76

*domaine de l'arbitrage est doublement limité. Toutes les personnes ne peuvent pas y avoir recours et toutes les matières ne peuvent pas y être soumises.*⁸⁰⁸ » Ainsi les enfants mineurs et les incapables majeurs n'y auront accès qu'accompagnés de leurs représentants légaux. La participation des personnes placées en redressement judiciaire et susceptibles de n'avoir plus la *libre disposition* de tous leurs droits doit s'apprécier au cas par cas. S'agissant du domaine, on retiendra, sans plus de détails, que le champ de la justice répressive est extérieur à l'arbitrage et qu'aux termes de l'article 2060 du Code civil sont exclues de l'arbitrage « *toutes les matières qui intéressent l'ordre public.*⁸⁰⁹ ».

Une importante distinction, par ailleurs, n'est pas déterminée par le choix des parties : le caractère interne ou international (qui concerne le droit maritime au premier chef) de l'arbitrage à solliciter. Cette qualification dépend en effet des liens économiques en jeu dans le différend que l'on se dispose à trancher : selon l'article 1492 du Nouveau Code de procédure civile « *est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international* ». Il est très net, en conséquence, que la qualification d'interne ou d'internationale d'un arbitrage est indépendante de la volonté des parties. Un élément d'extranéité, portant sur l'opération commerciale ayant entraîné le litige est donc indispensable au regard du droit français même si, dans certains cas, cet élément peut rester ténu. « *L'utilisation d'un critère mettant l'accent sur la réalité économique autorise à déduire l'existence ou l'absence d'internationalité en prenant une vue globale de l'opération. Ainsi un contrat de sous-traitance conclu entre deux sociétés françaises a pu donner lieu à un arbitrage international car les juges ont relevé qu'il s'inscrivait dans un ensemble contractuel destiné à la réalisation de travaux industriels à l'étranger, pour le compte d'un maître d'ouvrage étranger.*⁸¹⁰ »

Pour les cocontractants qui se réservent d'avoir recours à l'arbitrage en cas de survenue d'un litige, un premier choix sera celui du moment d'en convenir. Or ce choix n'est pas neutre. Il n'est pas facile non plus : nous allons le voir. En toute hypothèse, il faudra que les cocontractants s'entendent sur une convention qu'ils établiront en ce sens. S'ils en conviennent d'entrée de jeu, donc avant la survenue d'un éventuel différend, ce point d'entente, intégré par principe au contrat⁸¹¹ commercial qu'ils ont conclu, portera le nom de

⁸⁰⁸ Guyon Y., *L'arbitrage*, op. cit., p. 16.

⁸⁰⁹ Article 2060 du Code civil : « *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.* »

⁸¹⁰ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., éd. 2007 p. 743.

⁸¹¹ Mais la dite clause demeure autonome par rapport au contrat.

clause compromissoire. Dans la seconde hypothèse, et la décision de recourir à l'arbitrage étant prise après la survenue du différend, les parties signeront un *compromis d'arbitrage*.

Faut-il prévoir ? On répondra qu'anticiper paraît prudent, *a priori* prudent, que c'est là le moyen de *bien mener sa barque* et que s'applique au privé le dicton qui soutient que *gouverner c'est prévoir*. Les arrangements d'anticipation sont plus sereins dans la mesure où nul différend ne vient encore en troubler la paix. Mieux que quiconque, au nombre des praticiens du commerce international, les armateurs et les marins connaissent la puissance des aléas qui sont parfois, pour eux, les hasards de la mer. Ils connaissent pareillement les incertitudes attachées, sur les chemins du monde, aux incertitudes et la diversité des droits. Ce qui fait qu'en cas de litige, ils seront portés vers l'arbitrage⁸¹². « *Par conséquent mieux vaut le prévoir et l'organiser à froid, dans l'euphorie de la conclusion du contrat principal, plutôt que d'attendre la naissance du litige et les tensions qui en résulteront entre les parties.*⁸¹³ »

Pour autant, la *clause compromissoire* est loin de ne présenter que des avantages. Elle engage un risque. En la signant dès le départ on s'interdit le recours à la justice étatique alors qu'on ne sait pas dès cet instant – ne connaissant rien de l'éventuel conflit qui surgirait - si ce renoncement n'est pas inconsidéré⁸¹⁴. Ceci explique peut-être la longue défiance du droit français interne à l'endroit de cette clause compromissoire qui se trouvait couramment frappée de nullité : « *alors que l'arbitrabilité est le principe, écrivait l'ouvrage déjà cité du Professeur Guyon, la validité de la clause compromissoire est l'exception.*⁸¹⁵ » De telle façon qu'en droit français interne, aux termes de l'article 2061 du Code civil, il apparaissait que « *la clause compromissoire est nulle, s'il n'est disposé autrement par la loi.* » Aujourd'hui, depuis le 16 mai 2001, le texte de cet article 2061, profondément changé, dispose que « *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.* » C'est une notable évolution qui ouvre aux candidats virtuels à l'arbitrage un espace élargi de choix : ce qui montre, si besoin est, que l'arbitrage a le vent en poupe.

⁸¹² Voir à ce sujet le Professeur Martine Rémond-Gouilloud, *Droit maritime*, op.cit., p. 38 : « *Plusieurs avantages de l'arbitrage conviennent particulièrement aux affaires maritimes : les relations contractuelles s'y nouant dans un milieu assez homogène, les parties y sont présumées en situation d'égalité, en tout cas capables de défendre leurs intérêts sans devoir s'abriter sous la protection du système judiciaire étatique. Les litiges présentant souvent un caractère international, les plaideurs préfèrent s'en remettre à un arbitre de nationalité différente de la leur, ou à un tribunal arbitral supposé présenter plus de garanties d'impartialité qu'un juge national* ».

⁸¹³ Guyon Y., *L'arbitrage*, op. Cit , p. 24

⁸¹⁴ Sur ce point voir Guyon, Ibid.

⁸¹⁵ Ibid., L'ouvrage est daté de 1995.

Rappelons, s'agissant ici d'un travail de vocabulaire et de définitions, que l'article 1442 du Code de procédure civile encadre les domaines de la *clause compromissoire* et du *compromis d'arbitrage*. La clause compromissoire est, précise cet article, « [...] la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats ». Le compromis d'arbitrage est quant à lui « [...] la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage ».

La convention d'arbitrage interne doit être écrite⁸¹⁶ et identifier clairement l'identité des arbitres ou du moins les modalités de leur désignation⁸¹⁷.

A rebours de la convention d'arbitrage interne, la convention d'arbitrage international n'est soumise à aucune condition de forme⁸¹⁸. De même, rien n'impose aux parties de désigner ou de prévoir les modalités de désignation du ou des arbitres⁸¹⁹. Le choix reste ouvert.

Une autre occasion de choix se manifeste à cet endroit : la forme de l'arbitrage. Qu'il soit interne ou international, l'arbitrage peut revêtir deux formes : *ad hoc* ou institutionnel.

L'arbitrage est dit *ad hoc* lorsqu'il se déroule en dehors de toute institution permanente d'arbitrage et qu'il est organisé par les parties elles-mêmes. En effet, dans le cadre d'un tel arbitrage, les parties organisent entièrement et librement les modalités de ce dernier. Elles désignent les arbitres et déterminent les conditions dans lesquelles se déroulera la procédure d'arbitrage. Ce type d'arbitrage est donc avantageux au niveau de sa souplesse. Le problème de l'arbitrage *ad hoc* est qu'il nécessite des parties une entente parfaite quant aux modalités d'organisation de la procédure d'arbitrage. Par exemple les parties doivent être d'accord sur la désignation des arbitres.

Ce type d'arbitrage est assez prisé dans les litiges internes, mais un second type d'arbitrage détient les faveurs des litiges du commerce international, l'arbitrage institutionnel. Ce dernier est organisé par des centres permanents d'arbitrage à l'exemple de la Chambre arbitrale maritime de Paris⁸²⁰. La chambre arbitrale, dans cette hypothèse, dispose d'un règlement d'arbitrage édicté par elle et qui organisera toutes les règles et modalités de l'arbitrage auquel les parties souhaitent soumettre leur litige.

⁸¹⁶ Article 1443 du code de procédure civile

⁸¹⁷ Article 1444 du code de procédure civile

⁸¹⁸ Article 1507 du code de procédure civile

⁸¹⁹ Article 1508 du code de procédure civile

⁸²⁰ Nous aurions tout aussi bien pu citer la chambre arbitrale de Londres, qui tient la première place en matière d'arbitrage maritime, mais nous souhaitons souligner ici le fait que la chambre arbitrale maritime de Paris n'a eu de cesse, depuis la seconde moitié du XXe siècle, de développer son activité, à qualité égale avec son homologue anglais, et ce dans des conditions procédurales beaucoup plus souples que dans la procédure anglaise.

Le commerce maritime est, nous l'avons vu, par nature international et dans le cadre de relations contractuelles de cette nature, les parties auront fréquemment recours à l'arbitrage institutionnel. Au sein de la chambre arbitrale maritime de Paris, par exemple « *près de 90% des arbitrages sont des arbitrages internationaux, et 80% des sentences rendues au sein de la chambre concernent des contrats d'affrètement ou chartes-parties* »⁸²¹. L'importance de l'arbitrage international est tel que l'arbitrage interne est défini par défaut : l'arbitrage interne est *celui qui n'est pas international*.

Un autre choix, d'une grande portée, se trouve à la disposition des parties qui pourront demander que les arbitres en charge de leur dossier se prononcent *en droit* comme des juges, en se référant aux textes, ou, si elles en sont d'accord, qu'ils jugent *en équité* c'est-à-dire en se réglant sur le sentiment de justice. Il est vrai que le juge au sein de son tribunal peut à l'occasion juger lui-même *en équité* mais sa latitude est moindre : il a « *la faculté de modérer ou de suppléer le droit en vigueur en raison de considérations liées à un cas particulier* »⁸²². Par conséquent, l'équité pour le juge est pour l'essentiel une variable d'ajustement. « *L'"équité" est le principe modérateur du droit objectif (lois, règlements administratifs) selon lequel chacun peut prétendre à un traitement juste, égalitaire et raisonnable. Dans certains cas limités, la loi fait une place à la notion d'équité en laissant au juge le soin de se déterminer "ex aequo et bono" (selon ce qui est équitable et bon) c'est à dire, en écartant les règles légales lorsqu'il estime que leur application stricte aurait des conséquences inégalitaires ou déraisonnables.* »⁸²³

Mais l'arbitre, lui, s'il en est requis par les parties, peut se prononcer sans être tenu de se soucier du droit positif. On parle alors d'*amiable composition*, l'arbitre étant *l'amiable compositeur*. Doit-on voir là le retour – ou tout au moins le recours – à d'antiques sagesse ? « *Le jugement en équité est l'ancêtre du jugement puisque, historiquement, il remonte à une époque où la règle de droit n'était pas encore formalisée. Celui qui jugeait était doté du sentiment de justice qui fondait sa décision.* »⁸²⁴

Démarche volontaire et bien rodée, l'arbitrage offre donc des choix. Ce qui apparaissent ci-dessus ne sont d'ailleurs que des exemples et d'autres apparaîtront tant il est vrai que l'arbitrage, exactement circonscrit dans son domaine propre, est caractérisé par son indéniable souplesse à quoi sa force se lie. Tout ceci s'est gagné par une ancienne et lente mise au point, qui d'ailleurs se poursuit : ce qu'un rapide historique illustrera.

⁸²¹ Arradon F., *L'arbitrage maritime : le point de vue du praticien*, DMF 2007.681, p.389.

⁸²² Cabrillac R. (sous la dir. de), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, op. cit.

⁸²³ Braudo S., *Dictionnaire de droit privé*, accessible en ligne.

⁸²⁴ Encyclopédie Encarta 2006. Article *Amiable composition*.

2. *Un rapide historique : existence de l'arbitrage au fil du temps*

Quiconque voudrait soutenir que l'arbitrage est *vieux comme Hérode*, aurait trop courte vue. L'arbitrage est bien plus ancien que notre ère. En foi de quoi nous évoquerons d'abord son parcours sur la longue route du temps (a) Nous évoquerons dans un second temps son évolution récente en droit français, qui se justifie par une faveur internationale accrue (b).

a. L'arbitrage attesté dans les civilisations antiques.

L'idée que l'arbitrage est plus ancien que toute forme de justice publique, organisée dans des structures permanentes, est aujourd'hui moins en vogue. Elle est toujours défendue par certains. « *L'institution de l'arbitrage est de tous les temps. Il est permis de penser qu'elle a, dans l'histoire, précédé l'époque où la justice a été prise en charge et organisée par l'État.* ⁸²⁵ »

Il est à penser que l'on rend la justice, avec la puissance de *l'imperium* et dans des formes imposées, depuis aussi longtemps que des structures d'autorité sont apparues parmi les hommes et donc depuis plus longtemps que ce qu'on peut savoir. Il reste que la propension toute naturelle à trancher la querelle où l'on s'est engagé, convenant de ne pas recourir à la force et de se régler sur un troisième avis, doit remonter sans aucun doute aux premiers âges de la raison. « *La permanence de l'arbitrage, dans le temps et dans l'espace est remarquable. Le phénomène est de nature à intéresser l'historien comme l'anthropologue, car il fait apparaître comme l'une des tendances de l'homme vivant en société la recherche du règlement amiable des conflits par le recours volontaire des antagonistes à un tiers.* ⁸²⁶ »
Toute tentation de distinguer dans l'arbitrage une récente corruption du droit d'Etat serait donc par là combattue.

Si l'idée que la justice est née de l'arbitrage est abandonnée par la plupart, si l'idée d'une antériorité de l'arbitrage est incertaine, il reste que l'arbitrage et le procès plongent pareillement leurs racines au très profond de la nuit des temps. Pas facile, alors, de les départager. Le Code babylonien d'Hammourabi, pourtant - qui date du XVIII^e siècle avant J.C.- s'il donne des indications de procédure et contient des éléments d'un droit du commerce, est silencieux sur l'arbitrage. Il est difficile d'en rien conclure. On a pu penser que « *l'arbitrage oriental s'enracine dans la pratique judiciaire des nomades amorrites, qui auraient apporté en Mésopotamie, au II^e millénaire av. J.C., une tradition ignorée jusque-là.*

⁸²⁵ David R. et Dupuy R.J., *Arbitrage*, Encyclopaedia Universalis René David est professeur à la faculté de droit et des sciences économiques de Paris et de René Jean Dupuy est professeur au Collège de France.

⁸²⁶ Bureau D. et Jarrosson C., *Arbitrage*, in *dictionnaire de la culture juridique* (Alland D. et Rials S. sous la dir. de), op. cit., p. 76.

Mais, s'il est vrai que la documentation judiciaire néo-sumérienne (...) n'offre pas d'exemples d'arbitrage, la lacune tient peut-être à la nature des textes, qui proviennent tous d'archives étatiques. La procédure d'arbitrage étant par nature informelle et très certainement orale, elle a pu exister sans laisser de traces écrites.⁸²⁷ ». On sait par ailleurs que l'arbitrage était utilisé en Mésopotamie pour trancher les litiges entre cités. L'arbitrage est en revanche attesté chez les Grecs dès les récits homériques et, dès le VII^e siècle avant le Christ, Solon, l'un des sept sages de la Grèce antique, évoquait déjà l'arbitrage en termes proches de ceux que nous utiliserions : « Si les citoyens veulent choisir un arbitre afin de terminer les différends qui se sont élevés entre eux pour leurs intérêts particuliers, qu'ils prennent celui qu'ils voudront d'un commun accord ; qu'après l'avoir pris, ils s'en tiennent à ce qu'il aura décidé ; qu'ils n'aillent point à un autre tribunal ; que la sentence de l'arbitre soit un arrêt irrévocable.⁸²⁸ »

Rome a connu l'arbitrage : elle en a fixé le vocabulaire. « Le verbe 'arbitrer' précise Bruce Harris vient du latin 'arbitrare' qui signifie littéralement juger ou décider.⁸²⁹ » Avec le vocabulaire on peut juger que Rome a fixé les essentielles modalités de l'arbitrage. « A partir du III^e siècle avant J.C. apparaît le *compromissum*, l'accord par lesquels les parties confient à un tiers (l'*arbiter*) le règlement du litige qui les oppose, accord complété par le *receptum arbitri*, qui est l'adhésion de l'arbitre au *compromissum* auquel il n'avait pas lui-même participé. Le respect de la mission de l'arbitre et de la sentence qu'il rendra (*sententia*) est assuré par une action née de la stipulation qui obligerait la partie défaillante à verser la peine (*poena*) convenue.⁸³⁰ » A la place de l'*arbiter* apparaît quelquefois l'*arbitrator* qui peut ne pas juger en droit et qui porte aussi le nom d'*amicabilis compositor*. Les sentences de l'*amicabilis compositor* ne seront accueillies par les Romains qu'avec un sentiment de défiance. Il est vrai que Rome est une terre de lois. Peut-être est-ce aussi le cas de la France en qui le poète Du Bellay prétendait distinguer la « mère des arts, des armes et des lois.⁸³¹ » Ce quoi nonobstant, l'arbitrage y fit l'objet d'une tradition fort ancienne.

⁸²⁷ Démare-Laffont S., *Droit comparé dans les sociétés du Proche-Orient ancien, II. L'Organisation judiciaire en Mésopotamie*, Livret annuaire 16, 2000-2001, Paris-La Sorbonne 2002, p. 20.

⁸²⁸ Bureau D. et Jarrosson C. op. cit., p. 76.

⁸²⁹ Harris B., *L'Avenir de l'arbitrage maritime*, in *Gazette de la Chambre, Lettre d'information de la Chambre arbitrale maritime de Paris*, n° 17, automne 2008. Bruce Harris est arbitre maritime.

⁸³⁰ Bureau D. et Jarrosson C. op. cit., p. 77.

⁸³¹ Du Bellay J., *Les Regrets*, IX.

b. L'arbitrage en France au gré des siècles

C'est pendant le bas Moyen Age, en France, que l'arbitrage, employé pour trancher les litiges commerciaux, connaîtra son épanouissement : « *les premiers arbitrages, en France, sont apparus à l'occasion des foires, au XIIIe siècle. Pour trancher leurs litiges, les commerçants désignaient alors des juridictions réunissant des arbitres le temps de la foire, de façon non permanente.*⁸³² »

Un peu plus tard, à la Renaissance, l'Ordonnance de Moulins⁸³³ consacre l'arbitrage en le rendant obligatoire, aussi bien pour les litiges commerciaux que pour les différends familiaux comme les questions successorales. A rebours, ladite Ordonnance de Moulins renforce pour l'arbitrage un contrôle assuré par l'autorité judiciaire.

Les XVIIe et XVIIIe siècles enregistreront non pas un déclin mais une forme de subordination de la procédure arbitrale à la justice du Roi qui se caractérise « *à la suite de la jurisprudence du Parlement de Paris, par une mise sous tutelle de la justice arbitrale par les Parlements, qui connaissaient de l'appel des sentences.*⁸³⁴ »

Méfiant à l'endroit d'un pouvoir des juges, aperçu comme étant mal conciliable avec la puissance de la loi née d'un Contrat social, la période révolutionnaire à son tour a valorisé l'arbitrage. C'est ainsi que l'article 1 du décret des 16-24 août 1790 dispose que « *l'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucunes dispositions qui tendent à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité du compromis.*⁸³⁵ »

Nonobstant ceci, l'arbitrage au XIXe siècle œuvrera dans le champ clos des différends commerciaux, la Cour de cassation condamnant notamment le recours à la clause compromissoire, y voyant le piège où risquaient de tomber les contractants les moins avertis.

Ceci revient à juger que, si l'arbitrage est particulièrement ancien, son remarquable développement, qui s'est poursuivi jusqu'à nos jours, est cependant le fait d'une époque assez récente. « *Il connut un renouveau entre les deux guerres et surtout à partir des années 1960 avec le développement du commerce international.*⁸³⁶ » On pourrait estimer que son essor est parallèle aux bouleversements quantitatifs, qualitatifs et structurels qui ont affecté le monde

⁸³² Présentation par la Chambre Arbitrale de Paris, sur son site Internet, de l'arbitrage et de son histoire, incluant son évolution récente.

⁸³³ Pour mémoire l'ordonnance de Moulins, prise à l'initiative de Michel de L'Hospital et signée en 1556 par Charles IX à Moulins, porte une réforme de la justice. Voir *Histoire de France*, Ed. Larousse, Paris 2005, p.850

⁸³⁴ Bureau D. et Jarroson C. op. cit., p. 77.

⁸³⁵ Guyon Y., *L'arbitrage*, op. cit , p. 8.

⁸³⁶ Ibid.

des transports, tant en bien qu'en mal, et, tout premier, le monde maritime. Cet essor de l'arbitrage a par ailleurs commandé son évolution récente.

B. L'évolution récente de l'arbitrage.

Nous examinerons d'abord les raisons d'un succès qui, malgré diverses ombres que nous apercevrons plus après, paraît universel (1). Ce succès général a motivé la mise à jour du droit français de l'arbitrage (2).

1. Les raisons planétaires d'un succès.

Les raisons que l'on peut avoir de préférer l'arbitrage au jugement du tribunal public, à concurrence de l'arbitrabilité du différend, sont parfois des raisons traditionnelles, anciennes et consubstantielles aux réalités de l'arbitrage ; on pourrait les confondre avec les caractéristiques évoquées plus avant, de telle façon qu'il suffirait de reprendre et de développer certains éléments. D'autres raisons paraîtront plus nouvelles et plus propres à notre temps. Le caractère international du commerce actuel est la clé dont ces raisons procèdent.

On peut certes se demander si ces raisons-là sont véritablement nouvelles et penser que la chose est moins assurée pour les activités maritimes à l'internationalité déjà reconnue. L'évolution, pour le moins, sera *quantitative* et la mondialisation - cause et conséquence à la fois d'une croissance exponentielle, ininterrompue, des échanges du commerce international - affecte tout particulièrement, point n'est besoin sans doute de le préciser, les activités qui se lient à la mer. Sur l'inflation des volumes et la réduction des durées viennent se greffer l'augmentation des litiges. Et l'obligation de les trancher, les difficultés qui surgissent alors en nombre, induisent des nécessités de choisir.

Nos *raisons nouvelles*, en vérité, sont des raisons qui ont pris, dans le cours des décennies passées, de nouvelles dimensions.

Depuis le tournant du nouveau millénaire, il a semblé que toutes les raisons se trouvaient réunies de préférer l'arbitrage à la justice institutionnelle afin de trancher les différends internationaux, notamment maritimes. Ainsi se répand l'usage des conventions d'arbitrage. Elles accompagnent les contrats de transports de marchandises aussi bien que les contrats d'affrètement, les contrats de construction de navires ou de plates-formes en mer. C'est par l'arbitrage aussi que l'on règle assez couramment les litiges survenus dans le domaine de l'indemnisation de l'assistance en mer ou les litiges relatifs à l'assurance.

« *L'arbitrage est devenu le « juge naturel » du commerce maritime international* » écrit Alexandre Job⁸³⁷.

Pour autant, la tentation d'exposer les raisons de préférer l'arbitrage en opposant les anciennes aux nouvelles est contrariée par la difficulté de tracer précisément la ligne de partage entre les deux. Les raisons que l'on peut avoir de préférer l'arbitrage au jugement du tribunal public sont des raisons qui s'emboîtent en relief et en creux : le rejet de l'une des deux voies pouvant s'expliquer par les séductions de l'autre et vice-versa. Nous choisirons pourtant ce chemin d'exposé. Nous nous intéresserons d'abord aux difficultés suscitées par le jugement devant le tribunal public (a). Nous soulignerons les attraits de l'arbitrage (b). Nous nous demanderons pour finir si la mondialisation de l'arbitrage est une voie de dissolution du droit dans l'uniformité planétaire (c).

a. Les difficultés suscitées par un jugement devant le tribunal public.

C'est un ensemble un peu mêlé de craintes et d'incertitudes, et de risques et de manques réels, que l'on rencontre ici : « *Les ventes commerciales se sont tournées depuis longtemps vers des modes alternatifs de résolution des litiges. « Est-ce la lenteur de la justice d'Etat ? La complexité de la procédure ? Le sentiment de communauté qui ne voit pas sans réticence l'intervention d'un personnage tiers réalisant l'immixtion de l'Etat ? Est-ce la crainte d'investigations indiscrettes mettant au jour ce qui devrait demeurer dans l'ombre ? Toujours est-il que la réserve des commerçants à l'égard de la justice d'Etat est patente ? » (...) les opérateurs du commerce international ont majoritairement recours à l'arbitrage international.*⁸³⁸ »

La difficulté que l'on évoquera d'abord tient dans les mots d'une question : à qui, lorsque survient un différend commercial international, pourrait-on, si l'on souhaitait s'en remettre au juge d'un tribunal public, demander sa justice ? Qui est compétent ? Dans l'ordre international, la question n'a pas de réponse. « *il n'existe pas de juridictions internationales publiques aptes à connaître des litiges du commerce international.*⁸³⁹ » Il n'y a pas non plus de réponse simple, unique et toute faite, invariable et rassurante à l'échelon national où « *chaque Etat détermine unilatéralement la compétence internationale de ses juges*⁸⁴⁰ » Si les

⁸³⁷ Job A., *Arbitrage maritime, dérives et perspectives*, in DMF 2010. 711

⁸³⁸ Deumier P., *Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit*, op. cit, p. 371. Pascale Deumier se réfère elle-même à un article de J. Cedras, *L'obligation de négocier*, RTD com, 1985, p. 265.

⁸³⁹ Buchman L. et Loquin E., *Préférez l'arbitrage !*, Gazette du Palais, 16 septembre 2008, n°260, P. 9

⁸⁴⁰ Ibid.

parties n'ont pas convenu dès l'établissement du contrat de la juridiction compétente en cas de litige, on doit penser que le choix d'un tribunal étatique entraînera des difficultés.

Les juges, au demeurant, n'ont pas toujours la pleine capacité d'apprécier certains aspects d'un dossier virtuellement complexe et marqué par les particularités, les usages et les mots d'une profession. La connaissance du milieu professionnel, à l'inverse, est en principe attendue du tribunal arbitral, de l'ensemble des arbitres ou, pour le moins, de l'un d'entre eux. « *Pour être de bons juristes, les juges ne sont pas nécessairement rompus à la technicité de tous les litiges qui peuvent leur être soumis* ⁸⁴¹ » Ceci fait dire à Alexandre Job que « *L'arbitrage est le mécanisme juridictionnel de résolution des conflits le plus approprié lorsqu'il s'agit de trancher des litiges maritimes complexes, impliquant un haut niveau d'expertise, qu'il soit juridique ou technique, et d'analyser de nombreux documents (charte-partie, connaissance, booking note etc. qui sont l'expression d'une pratique mondialisée.* ⁸⁴² »

C'est en substance ce que tient à montrer François Arradon qui souligne un facteur essentiel : à l'opposé d'un juge un arbitre est choisi par rapport à sa compétence et le tribunal arbitral rassemblera le savoir faire et le savoir, la compétence juridique et la compétence technique, la connaissance d'un langage et des usages en cours : il rassurera par là : « *l'arbitre praticien met sa propre expérience au service de la communauté maritime. L'arbitrage lui est familier car c'est le mode normal de règlement des litiges dans les transports maritimes* » de plus ajoute-t-il « *les parties internationales ont une légitime réticence vis-à-vis des tribunaux étrangers et craignent de se voir piéger par une machine procédurale lourde dont ils ignorent les possibles traquenards. L'arbitre praticien gardera toujours à l'esprit ces raisons profondes qui ont déterminé leur choix de l'arbitrage. [...] il connaît le particularisme du document du commerce maritime international qui sont pour une large part d'inspiration anglo-saxonne. Les chartes parties sont très complexes, elles apparaissent, à première lecture, hermétiques, voire, pour certaines clauses, obscures si on ne dispose pas des clés de décryptage [...] le juriste non maritime va buter sur le sens des termes employés* » ⁸⁴³.

Difficulté suscitée par des appréhensions : la complexité procédurale, au gré des juridictions d'Etats, peut désarçonner, laisser les parties dans le sentiment que leur cause est mal entendue. « *Les règles de procédure, que sont tenus d'observer dans tous les pays les*

⁸⁴¹ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 743.

⁸⁴² Job A., *Arbitrage maritime, dérives et perspectives*, in DMF 2010. 711

⁸⁴³ Arradon F., *L'arbitrage maritime : le point de vue du praticien*, op. cit., p.389

*tribunaux nationaux, sont parfois ressentis comme une entrave à l'échange des arguments entre plaideurs dans un climat non traumatisant. Leur utilisation par un plaideur ingénieux peut être source de manœuvres dilatoires.*⁸⁴⁴ » A rebours de ceci, le déroulement d'un arbitrage est largement réglé selon le désir des participants : « *la justice arbitrale développe les séductions d'une procédure obéissant à des règles élaborées, ou du moins choisies par les parties et les arbitres : un formalisme minimal mais judicieux, une souplesse dans le déroulement de l'instance sont attendus de l'arbitrage.*⁸⁴⁵ »

Une autre difficulté, de premier plan : la préservation, devant un tribunal d'Etat du principe de l'égalité des parties peut devenir un problème et notamment lorsque les deux parties n'ont pas la même nationalité. Le moins que l'on puisse dire est qu'il est particulièrement imprudent de ne pas convenir, en signant le contrat, de la juridiction qui serait compétente en cas de différend. Dès ce moment de la signature, on ne sait pas qui sera le demandeur ou qui sera le défendeur. Or ne rien prévoir revient à laisser au demandeur un avantage de fait. « *Par le jeu notamment du privilège de nationalité, très largement admis par les droits nationaux, le litige sera porté par le demandeur devant le juge du pays dont il a la nationalité.*⁸⁴⁶ » La situation sera certes moins hasardeuse en cas de choix fixé dès la signature. Il n'est pas sûr pourtant que la pleine égalité soit préservée, lorsque naît le litige. Un cas particulier pourrait être distingué : celui d'un contrat d'Etat qui fait que l'Etat lui-même, en cas de survenue d'un différend, devient partie. « *Les tribunaux étatiques sont susceptibles de manquer de neutralité (particulièrement dans les contrats d'Etat si ce sont les tribunaux de l'Etat partie au contrat.*⁸⁴⁷ » soulignent les Professeurs Racine et Siiriainen. Mais en dehors de ce cas bien particulier, le rapport de droit peut se trouver circonvenu par un rapport de force au moment de choisir une juridiction d'Etat. Le plus souvent « *cette désignation sera imposée par la partie en situation d'imposer sa volonté. Il est très rare en effet que l'accord des parties puisse se faire sur le choix d'une juridiction d'un Etat tiers.*⁸⁴⁸ » Il en résulte que, dans les faits, se manifeste un certain déséquilibre : « [...] en matière

⁸⁴⁴ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 743.

⁸⁴⁵ Ibid. p. 744.

⁸⁴⁶ Buchman L. et Loquin E., *Préférez l'arbitrage !*, op. cit., note de fin de texte n°10. Pourra se manifester pareillement, pour le demandeur, la tentation d'un *forum shopping*. L'expression anglo-américaine utilisée, qui présente en français selon notre sentiment plus d'efficace concision que de véritable élégance, illustre une pratique en cours qui consiste à choisir son juge en fonction de ses propres intérêts. Cette emplette judiciaire est qualifiée par le *Dictionnaire du vocabulaire juridique Rémy Cabrillac* de « *tactique consistant, dans un conflit privé international, à choisir la juridiction que l'on va saisir en fonction de la loi qu'elle va appliquer (ce qui revient à influencer sur la loi applicable). Cette tactique est rendue possible par la diversité des règles de compétence juridictionnelle.* »

⁸⁴⁷ Racine J-B., Siiriainen F., *Droit du commerce international*, Paris, Ed ; Dalloz 2007, p. 358

⁸⁴⁸ Buchman L. et Loquin E., *Préférez l'arbitrage !*, op. cit.

internationale, écrivent Eric Loquin et Louis Buchman, *le recours à la justice étatique conduit toujours au moins l'une des parties à devoir défendre sa cause devant un juge étranger, alors que l'autre partie plaidera devant le juge de l'Etat de son domicile* »⁸⁴⁹ Et les auteurs d'ajouter que le recours à l'arbitrage est le moyen de se soustraire « à ce jeu de roulette russe ». L'arbitre, en effet, n'est le représentant ni d'un Etat ni d'un droit donné. Sa neutralité, sa capacité d'être à mi-distance des parties, paraîtra plus crédible. « *Même s'il ne faut pas les surestimer, les difficultés relatives à la détermination du tribunal internationalement compétent, au stade de la naissance du litige, peuvent être importantes. En comparaison la simplicité de l'accord intervenu, sous forme d'une clause d'arbitrage ayant de bonnes chances d'être internationalement reconnue et donc efficace, est remarquable.* »⁸⁵⁰ »

Enfin, dans le même domaine, et bien que le risque de partialité, de vénalité, d'un juge étatique officiant dans un pays développé, paraisse devoir relever du domaine de l'improbable, il est certain que ce risque explique un délaissement de la justice étatique au profit de l'arbitrage international dans certains autres pays souffrant d'une forte corruption⁸⁵¹. L'arbitre international, aux revenus souvent plus généreux, ne fera que plus malaisément l'objet de ces tentations, particulièrement contraires à toute forme de droit.

Les difficultés suscitées par un jugement devant le tribunal public constituent, comme en creux, des raisons de préférer l'arbitrage. Il reste que ce dernier dispose aussi, cependant, d'autres attraits.

b. Les séductions de l'arbitrage.

Au nombre des raisons les plus traditionnellement citées pour expliquer la préférence accordée par les milieux du commerce maritime à l'arbitrage, il y a la rapidité. Ce n'est certes pas que la procédure arbitrale, en toute occasion, se montre exempte de lenteurs mais la comparaison lui est presque toujours favorable. En bonne partie, cela tient à la simplification de la procédure. En effet les parties optant pour l'arbitrage ne sont pas soumises au formalisme imposé par la procédure judiciaire, laquelle est de plus très différente d'un ordre juridique à l'autre. Au total, la justice arbitrale, débarrassée des lenteurs et des formalités de la procédure propres à la justice étatique, jouit d'une réputation de rapidité. D'une manière générale, « [...] *une procédure arbitrale sera rarement plus longue que la moyenne de la*

⁸⁴⁹ Ibid.

⁸⁵⁰ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 744.

⁸⁵¹ Sur ce point voir également Buchman L. et Loquin E., *Préférez l'arbitrage !*, op. cit.

durée des procédures dans les pays où la justice est la plus rapide »⁸⁵². Une économie de temps qui est *souvent* acquise, à défaut de *toujours*. Or cette justification prend de plus en plus de poids dans le monde éperdument pressé de notre époque.

Autre raison traditionnellement soulignée : la recherche d'un jugement confidentiel que l'on présente volontiers comme un impératif de l'arbitrage. C'est d'ailleurs ce que tient à rappeler dans son troisième alinéa le nouveau décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, dont nous reparlerons : « *Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité* ». C'est dans l'ordre des choses et ce point, difficile à remettre en cause, oppose évidemment l'arbitrage et le procès public. L'arbitrage est « *une procédure privée. Personne d'extérieur n'y participe ou n'est témoin des débats. Ceux qui sont impliqués sont tenus à un devoir de confidentialité et ne doivent rien dévoiler aux tiers de l'arbitrage auquel ils concourent.* »⁸⁵³ Les milieux d'affaires aiment la discrétion, se défiant de la mauvaise publicité qui s'attacherait à l'étalage de leurs différends, ce que risquerait d'entraîner la *publicité des débats* qui est le principe appliqué par la justice institutionnelle.

Confidentialité, confiance : il apparaît que ces mots sont apparentés. La confiance est un élément décisif. L'un des avantages offerts par l'arbitrage, à rebours de la justice étatique, est la grande liberté dont disposent les parties dans le choix des arbitres qui les jugeront. Comme le soulignent M. Buchman et le professeur Loquin, « *L'arbitrage est d'abord une relation de confiance entre les parties et les arbitres* »⁸⁵⁴. Ceux-ci qui, presque toujours connaîtront le terrain, devront offrir de bonnes garanties de neutralité, d'impartialité, toutes choses que les parties pourraient craindre de ne pas trouver toujours, nous l'avons dit, dans la justice institutionnelle de certains pays. « *Décider de recourir à la justice arbitrale, c'est donc, avant tout, décider de recourir à une justice autrement conçue et organisée que la justice rendue par les tribunaux de l'Etat.* »⁸⁵⁵

Deux autres éléments décisifs pour l'essor de l'arbitrage, et qui sont *nouveaux* dans la mesure où ils s'attachent à la récente évolution du monde, ont en commun de susciter des réactions d'entraînement : non pas certes un phénomène de mode, en ceci que la mode est un suivisme où le discernement reste essentiellement facultatif, mais une adhésion qui se règle en partie sur la notoriété, sur les commodités d'une reconnaissance large. Il s'agit d'une importante augmentation, d'une part, du nombre des organismes d'arbitrage et du

⁸⁵² Guyon Y., *L'arbitrage*, op. cit., p. 14

⁸⁵³ Harris B., *L'Avenir de l'arbitrage maritime*, op. cit.

⁸⁵⁴ Buchman L. et Loquin E., *Préférez l'arbitrage !*, op. cit.

⁸⁵⁵ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 418.

rayonnement de certains d'entre eux, d'autre part de la consécration de fait que la pratique arbitrale a reçue de l'ordre juridique international et national.

L'importante augmentation des institutions d'arbitrage en nombre est un fait qui tient tout à la fois de la conséquence et de la cause : elle est conséquence en ceci qu'elle est réponse à la demande exceptionnellement accrue mais elle est cause à son tour de la faveur que l'arbitrage connaît car elle entraîne une *visibilité* qui, dans le cas des institutions les plus prestigieuses (à l'instar de la Chambre arbitrale de Londres, ou de la Chambre arbitrale maritime de Paris) porte une forme de publicité. Si l'arbitrage *ad hoc* est très logiquement moins onéreux, son rayonnement restera par force assez discret. L'arbitrage institutionnel, d'un coût plus élevé, présente en retour un nombre important d'avantages. « *L'arbitrage institutionnel est apprécié pour la sécurité qu'il assure et les services qu'il fournit aux parties. Au premier rang de ces avantages, il convient sans doute de mentionner l'existence d'un règlement d'arbitrage dont les parties et leurs conseils peuvent aisément prendre connaissance et qui fournira la solution immédiate et souvent heureuse de bon nombre de difficultés.*⁸⁵⁶ »

On notera (c'est en quelque sorte une conséquence de la conséquence) une diversité des vocations qui se justifie par le nombre des institutions. Si « *de très nombreuses institutions d'arbitrage existent de par le monde, d'importance et de qualité variables*⁸⁵⁷ », il est assuré que ces institutions peuvent couvrir des champs très différents tant pour des raisons géographiques que pour des raisons de spécialisation. « *Certaines traitent tous types de litiges, tandis que d'autres bénéficient d'une légitimité et d'une expérience particulières dans une branche professionnelle donnée. Tel est par exemple le cas de la Chambre arbitrale maritime de Paris dans les litiges du transport et de l'affrètement maritimes.*⁸⁵⁸ »

La relative prolifération des organismes d'arbitrage est à regarder comme un signe d'un succès mondial⁸⁵⁹

Elle est l'un des facteurs qui justifient la reconnaissance accrue de l'arbitrage au sein des Etats puis, par extension, sur la scène internationale où l'on peut juger qu'une assez large unité de vues s'impose aujourd'hui. Cette reconnaissance est le résultat d'accords

⁸⁵⁶ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 751.

⁸⁵⁷ Ibid., p. 750.

⁸⁵⁸ Cachard O. *Droit du commerce international*, Ed. LGDJ, Paris 2008, p. 414.

⁸⁵⁹ A côté de la Chambre arbitrale maritime de Paris, les Professeurs Jacquet, Delebecque et Corneloup citent parmi les organismes réputés: l'Association américaine d'arbitrage (AAA), la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAAC), l'Chambre de commerce internationale (CCI) qui a son siège à Paris, la Cour d'arbitrage international de Londres (CAIL), la Chambre de commerce de Stockholm (CCS), le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

internationaux qui ont pris la forme habituelle de conventions internationales⁸⁶⁰. Il s'agit de la *Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*. Il s'agit par ailleurs de la *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, signée à Genève en 1961. « *Les conventions internationales, qui permettent la reconnaissance et l'insertion de la sentence arbitrale dans l'ordre juridique des Etats parties, constituent une source importante du droit de l'arbitrage. Elles contribuent autant à son unification qu'à son efficacité.* »⁸⁶¹

Si la Convention de Genève a dû se contenter d'un succès d'estime en recueillant une trentaine de ratifications dont celle de la France, il est patent que le succès de la Convention de New York, ratifiée par plus de cent quarante Etats fournit une solide assise au droit planétaire de l'arbitrage. Une assise souple au demeurant puisqu'elle prévoit que ses dispositions s'effacent devant les dispositions plus favorables en vigueur dans un Etat. « *Le droit français étant à de multiples égards plus libéral que la Convention de New York, les applications de celle-ci par les tribunaux sont assez rares.* »⁸⁶²

Or, partant de là, se distingue une autre raison d'avoir recours à l'arbitrage en le préférant au jugement public – et par la même une autre difficulté qu'il faut mettre au passif de ce jugement public : il a bien moins de chances, au total, d'être reconnu dans l'ordre international, que la sentence arbitrale. Il est établi que, dans le cas d'un jugement public, la partie qui obtient gain de cause a souvent des difficultés réelles à faire exécuter le jugement par la juridiction étatique de l'autre partie, car il n'y existe pas de conventions internationales organisant la procédure de reconnaissance par un Etat des jugements rendus dans un autre Etat. Si l'on excepte la reconnaissance immédiate dans l'Union européenne d'un jugement rendu par une juridiction d'un Etat membre⁸⁶³, il apparaît que « *la reconnaissance des jugements étrangers reste une redoutable loterie* »⁸⁶⁴. Ce qui donne une pleine portée au jugement des professeurs Jacquet, Delebecque et Corneloup : on a « *peut-être davantage (...)*

⁸⁶⁰ Sur ce point voir les développements du Professeur Cachard, *Droit du commerce international*, op. cit., p.415-416

⁸⁶¹ Ibid., p. 415

⁸⁶² Racine J-B., Siirainen F., *Droit du commerce international*, op. cit. p. 356.

⁸⁶³ Le Règlement CE 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale impose que soit reconnu dans les tous états membres, les décisions rendues dans un Etat membre de l'Union européenne. En cela, précisent Messieurs Buchman et Loquin « *le droit européen de l'exécution des jugements à l'intérieur de l'espace judiciaire européen apporte en la matière une exceptionnelle sécurité juridique* », in *Préférez l'arbitrage !*, op. cit.

⁸⁶⁴ Ibid.

*fait pour favoriser l'efficacité internationale des sentences arbitrales que celle des jugements rendus par les juridictions étatiques*⁸⁶⁵ ».

Une reconnaissance à l'échelle internationale de la sentence arbitrale est plus facilement acquise et l'on peut juger que l'arbitrage est aujourd'hui quasiment mondialisé dans ses effets mais aussi dans ses formes.

c. La procédure arbitrale en voie de mondialisation.

Doit-on déjà parler d'une mondialisation de la procédure arbitrale ? Une étude arborant ce titre et datant d'une décennie, fait apparaître un paradoxe : une procédure arbitrale est soumise aux règles internes du pays où l'arbitrage se tient, portant nonobstant de plus en plus une empreinte internationale. «*D'une part, il est aujourd'hui communément admis que la procédure est régie par le droit international du siège de l'arbitrage. D'autre part ce droit national, dont l'application n'est plus contestée, a de moins en moins d'emprise sur l'arbitrage (ce qui explique d'ailleurs en partie qu'il ne soit plus contesté).*⁸⁶⁶ » Gabrielle Kaufmann-Kohler souligne l'étendue de cette uniformisation planétaire, évoquant notamment le cas particulier d'un arbitrage en ligne «*dans lequel la demande et les écritures subséquentes sont notifiées par courrier électronique et où les ordonnances de procédures et autres communications empruntent la même voie, les témoins sont entendus par vidéo-conférence, les audiences de procédure se tiennent sous forme de « chats » électroniques. Où se déroule un arbitrage en ligne ?*⁸⁶⁷ » On mesure assez que la question constitue comme un défi pour le bon sens et que, dans l'état, l'idée de la localisation matérielle des débats comme de leur environnement juridique est susceptible de contestations. Mais il est vrai que le principe *locus regit actum* a déjà bénéficié de divers assouplissements⁸⁶⁸

L'auteur souligne en partant de là que l'arbitrage international est un facteur de fusion des traditions juridiques. Elle évoque entre autres la production massive, imposée, de plus en plus attestée dans la procédure arbitrale, de tous documents pertinents. Ceci, qui est spécifique au jugement de *common law*, et qui, «*en droit américain, peut parfois prendre des proportions terrifiantes à nos yeux.*⁸⁶⁹ » tient de l'usage importé. Dans la tradition juridique du droit civil, en effet, chaque partie fournit plus sobrement les documents qui, susceptibles

⁸⁶⁵ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 744.

⁸⁶⁶ Kaufmann-Kohler G., *Mondialisation de la procédure arbitrale* in *Le Droit saisi par la mondialisation*, ouvrage collectif sous la dir. de Charles-Albert Morand, Ed. Bruylant, Bruxelles 2001, p. 270.

⁸⁶⁷ Ibid., p. 271 et 272.

⁸⁶⁸ Voir à ce propos Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 260

⁸⁶⁹ Kaufmann-Kohler G., *Mondialisation de la procédure arbitrale*, op. cit., p. 276.

d'éclairer les débats, ne sont pas défavorables à sa cause. Et nul ne voit perfidie dans cette économie de paperasse et de temps.

L'uniformisation peut parfois se manifester d'une façon saisissante. « *Imaginons un observateur qui assisterait aux audiences dans trois arbitrages différents, l'un à Genève, l'autre à New York, le troisième à Hong-Kong. Il conclurait probablement que toutes ces procédures sont identiques : mêmes salles de conférences d'hôtel, mêmes sténotypistes, même langue – l'anglais, mêmes présentations orales, mêmes interrogations de témoins, mêmes auditions d'experts, mêmes débats procéduraux, et souvent mêmes personnes.*⁸⁷⁰ » Est-ce grossir – un peu - le trait ?

Si la réponse était non, si rien en tout cela n'était un peu grossi, devrait-on penser - par extrapolation - que le droit, tel que nous le concevons, suffisamment *culturel* pour appartenir aux hommes d'un lieu, pourrait bientôt mourir ? Mais le droit n'est-il pas plus vivace et plus compliqué, plus ramifié que ce qui ressortirait des simplicités de Kelsen? L'universel alignement de certains de ses secteurs entraînerait-il à toute force une déculturation par l'uniformité qui s'étendrait à l'ensemble ? A côté d'un droit des lointains, plus uniforme et moins coloré – par exemple un droit maritime international – est-il impensable que vive un droit de la proximité, plus familier, fait pour l'usage des jours, plus culturel et plus typé ?

Quoi qu'il en soit, le succès de l'arbitrage international – et dussions-nous plus tard apporter quelques nuances à ce constat – n'a pas laissé la France indifférente. Elle a pensé – si dilués qu'en soient les effets – qu'il lui fallait en ce domaine un droit plus accueillant.

2. *La mise à jour du droit français : le décret du 13 janvier 2011.*

La France a pris acte, donc, de l'essor de l'arbitrage et, mesurant l'intérêt d'une mise à jour des dispositions normatives internes qui l'encadrent, a choisi de les réformer. Sans doute était-ce au demeurant son intérêt, ne serait-ce que pour préserver la place occupée par Paris sur ce terrain. Les objectifs affichés sont clairs (a). Ils sont en accord assez large avec les orientations sous-jacentes à découvrir dans le texte (b).

a. Les objectifs affichés.

La réforme est portée par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011. On conviendra que « *l'intérêt de ce texte dépasse largement le domaine maritime. Il reste que ses dispositions méritent d'être appréciées du point de vue des utilisateurs maritimes, eu égard au rôle*

⁸⁷⁰ Ibid., p. 269.

*cardinal de l'arbitrage maritime.*⁸⁷¹ » Ajoutons que cette évolution fut fortement souhaitée par les milieux professionnels et qu'elle a fait suite à la sollicitation des milieux de l'arbitrage ainsi qu'en atteste entre autres la Chambre Arbitrale de Paris (que l'on distinguera de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, la CAMP, qui comme son nom l'indique est spécialisée dans les arbitrages maritimes). « *L'intérêt suscité par l'arbitrage a conduit en 1999 la Chambre Arbitrale de Paris à demander aux Pouvoirs publics une évolution importante des règles régissant l'arbitrage en France.*⁸⁷² » Or cette demande aurait été déposée pareillement par le Comité Français de l'Arbitrage. Il estime être « *à l'origine de cette réforme* » et précise que les objectifs essentiels étaient :

« - *d'actualiser les textes afin de consolider la jurisprudence développée sur la base des décrets de 1980 et 1981 ;*

- *d'améliorer la lisibilité des textes relatifs au droit de l'arbitrage ;*

- *de permettre aux parties d'avoir un recours facilité à l'arbitrage et d'améliorer l'efficacité du droit de l'arbitrage ;*

- *en matière d'arbitrage international, de prévoir des dispositions de nature à maintenir l'attractivité et l'originalité du droit français de l'arbitrage international.*⁸⁷³ »

Au-delà des ajustements destinés à permettre une utilisation plus commode en produisant un texte clair et bien à jour, qui ne fût pas en retrait par rapport aux législations les plus prisées⁸⁷⁴ l'enjeu du décret du 13 janvier 2011 est, de toute évidence, économique et politique. « *Sa finalité première est de rendre plus lisible notre droit de l'arbitrage en introduisant dans le code de procédure civile des règles élaborées par la jurisprudence. Mais la réforme entend aussi améliorer en matière d'arbitrage international la compétitivité du droit français afin de préserver la place éminente qu'occupe dans le monde Paris comme siège des arbitrages internationaux.*⁸⁷⁵ »

⁸⁷¹ Supplément DMF 2011, n°15 Le droit positif français en 2010, *Institutions judiciaires, Arbitrage, Décret du 13 janvier 2011.*

⁸⁷² Voir la présentation de l'arbitrage par la Chambre Arbitrale de Paris sur son site. La Chambre Arbitrale de Paris est à distinguer de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris.

⁸⁷³ Miribel St. *La réforme du droit français de l'arbitrage*, DMF 2011.723

⁸⁷⁴ Comme celles éventuellement inspirées des textes de la CNUDCI. La CNUDCI a mis au point, le 28 avril 1976 un modèle de règlement d'arbitrage. Elle a, neuf ans plus tard, le 21 juin 1985, rédigé une loi-type sur l'arbitrage commercial international. « *Ce texte est un modèle de législation offert aux Etats voulant réformer leur droit de l'arbitrage. La loi type a inspiré à ce jour de nombreuses réformes notamment en Allemagne, au Canada, au Mexique, en Tunisie, à Hong-Kong etc.* » (Voir Racine J-B., Siirainen F., *Droit du commerce international*, op. cit. p. 356)

⁸⁷⁵ Loquin E., *La Réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (Commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011)* RTD Com. 2011. 255. Le Doyen Loquin précise encore que « *Le nouveau droit français de l'arbitrage se rapproche un peu plus par son contenu de la loi type de la CNUDCI, dont on sait qu'elle a servi de modèle à la plupart des législations étrangères sur l'arbitrage.* »

Le favorable accueil qui a été réservé de manière unanime, en dépit de quelques réserves de détail, au décret du 13 janvier 2011 engage à penser que ces objectifs furent, pour l'essentiel, atteints. « *Le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage donne à la France l'un des droits les plus favorables à l'institution que l'on puisse concevoir. Dans le droit fil des décrets de 1980-81 et de la jurisprudence française, ce texte parachève le mouvement consistant à renforcer l'efficacité de l'arbitrage et à reconnaître la pleine autonomie de cette forme privée de règlement des différends.*⁸⁷⁶ » Qualité de la mise à jour, pertinence et souplesse sont les qualités presque toujours relevées. « *Le nouveau droit de l'arbitrage, intégré dans le Code de procédure civile (art. 1442 et suivants) apporte les réponses attendues à travers des dispositions souples et, pour la plupart, pertinentes.*⁸⁷⁷ »

Il serait faux de penser que ce nouveau texte opère un bouleversement profond de l'arbitrage français dont les caractéristiques essentielles, établies de longtemps, subsistent. Il opère au total un large travail d'ajustement qui permet notamment de consigner les acquis de la jurisprudence et de répondre à quelques attentes. Un rapide examen du nouveau décret permet de dégager quelques orientations sous jacentes.

b. Les grandes orientations du texte.

Le nouveau texte augmente, ou tout au moins confirme entièrement, l'autonomie du tribunal arbitral, accroissant nonobstant l'étendue de l'assistance ou du secours que celui-ci peut solliciter de la justice étatique :

- Le Président du Tribunal de Grande Instance de Paris, qui avait déjà pouvoir d'intervenir, à l'échelle de la France, afin d'aider à la mise en place d'un tribunal arbitral, est confirmé dans ce rôle et reçoit le titre de « juge d'appui. »

- Ce juge d'appui n'interviendra qu'avec l'assentiment des parties qui ont tout pouvoir de s'en remettre à d'autres autorités.

- Ce juge d'appui, s'il est sollicité et qu'il est donc appelé à contrôler la convention d'arbitrage, effectuera le simple examen de prime abord qui laissera le tribunal arbitral en situation de juger de sa propre compétence : c'est le principe de *compétence-compétence*⁸⁷⁸

⁸⁷⁶ Tribune, *Faveur à l'arbitrage*, Droit et Patrimoine 2011.200.

⁸⁷⁷ Delebecque Ph., *Le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. Sa mise en œuvre en matière maritime*, Gazette de la Chambre n° 25 – Printemps 2011. Le Professeur Delebecque, qui est également Président de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, annonce dans l'éditorial dont les lignes ci-dessus sont extraites que « *le règlement de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris sera donc révisé pour tenir compte de la nouvelle législation qui affecte nécessairement l'arbitrage maritime et les instances que la CAMP a pour mission d'organiser* ».

⁸⁷⁸ L'application du principe « *compétence-compétence* » comporte un effet positif, mais également un effet négatif. L'effet positif du principe de compétence-compétence se caractérise par le fait que le tribunal arbitral

établi par la jurisprudence et qui met le tribunal arbitral à l'abri de manœuvres dilatoires engagée par celle des parties qui sentirait la situation lui échapper. Certes, « *on ne peut pas négliger systématiquement et définitivement toute contestation de compétence du tribunal arbitral, sous peine de mettre en péril le caractère juridictionnel de l'arbitrage et la légitimité de la sentence arbitrale. C'est pourquoi la vérification de la compétence arbitrale est soumise in fine à un contrôle judiciaire.*⁸⁷⁹ »

- La justice publique est, à l'occasion, requise d'apporter d'autres soutiens par le moyen d'actions qu'elle est seule à pouvoir ordonner : ce qui n'était qu'implicite, et pas toujours admis par tous, est tranché par la clarté du texte. Ainsi le Professeur Delebecque écrit que le nouveau décret met « *le juge étatique au service du tribunal arbitral pour l'obtention de documents utiles à l'arbitrage.*⁸⁸⁰ » L'article 1469, dans son premier alinéa, dispose en effet que « *Si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par des tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce.* » Ceci toutefois, bien entendu, ne fait pas obstacle à la liberté d'appréciation du juge sollicité qui doit seulement ne pas surseoir à statuer mais instruire et juger la demande comme en matière de référé. Le même article, alinéa 4, indique que « *Le président, s'il estime la demande fondée, ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce, en original, en copie ou en extrait selon le cas, dans les conditions et sous les garanties qu'il fixe, au besoin à peine d'astreinte* » Dans le même esprit de mise au clair ou d'extension de l'autonomie du tribunal arbitral et, nonobstant, de la collaboration fournie par la justice d'Etat, l'article 1468 stipule que « *le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires.* »

jouit de la possibilité d'apprécier sa propre compétence.. L'effet négatif de ce principe est qu'il conduit le juge étatique à décliner sa compétence à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

Cet effet négatif est l'objet d'importantes discussions en doctrine, notamment au sein de la doctrine maritimiste. Sur cette controverse doctrinale voir Cachard O., *L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles*, DMF 2007. 684 ; Le professeur Cachard à une approche positive du principe de compétence- compétence. Voir également; P. Bonassies P., *De l'opposabilité de la clause compromissoire au principe « compétence-compétence »*, DMF 2006. 666 ; le professeur Bonassies à une approche un peu plus critique à l'égard du principe de compétence- compétence. Voir enfin les développements du professeur Delbecque à propos de l'arrêt Pella, *Consécration du principe « compétence-compétence »*, DMF 2006.670

⁸⁷⁹ Vidal D., *Droit français de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 171.

⁸⁸⁰ Ibid.

Le nouveau texte est toujours porteur d'un droit libéral, souple dans sa forme et soucieux de préserver, d'augmenter même, les libertés qui appartiennent à l'arbitrage et qui fondent son autonomie :

- Les traditionnelles libertés de choix sont bien entendu conservées.
- Les parties choisiront désormais, dans une totale liberté procédurale, la forme dans laquelle ils entendront que la sentence soit notifiée.

- Nouvelle liberté donnée par la réforme (ou plus clairement affirmée par elle) : il devient possible aux parties qui avaient d'abord opté pour le juge d'Etat de se raviser, même en cours d'instance, et de s'en remettre à l'arbitre. En dispose ainsi l'article 1446 qui stipule que « *Les parties peuvent compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction* ».

- Autre nouvelle liberté : les parties à un arbitrage international ont la possibilité de renoncer par convention à tout recours en annulation contre une sentence prononcée en France. Cette faculté, réservée par écrit, ne sera plus récusable et n'apparaîtra plus comme une clause de style. L'idée, probablement, c'est d'aller plus vite et d'augmenter cet avantage de la rapidité que les parties recherchent et qui est déjà celui de l'arbitrage en comparaison du jugement public. « *Ce n'est alors que si la sentence est exécutée en France qu'elle fera l'objet d'un contrôle de la part des juridictions françaises.*⁸⁸¹ »

Le nouveau texte installe en position clé le souci de croissante rapidité. Ce texte a pour effet de renforcer la solidité de la sentence arbitrale avec l'évident souci d'économiser du temps :

- C'est ainsi que la faculté pour les parties d'interjeter appel est certes conservée mais non encouragée. Le silence au prononcé de la sentence, au lieu d'être interprété comme la tacite réservation d'un droit, s'interprètera désormais comme une renonciation.

- Le recours en annulation n'aura plus désormais, pour un arbitrage international, d'effets suspensifs.

- Le délai pour le recours en annulation est réduit, ce qui pourrait avoir un effet dissuasif et qui entraîne, en toute hypothèse, une économie de durée⁸⁸².

- Le souci de raccourcir le temps se trouve affirmé partout. C'est ainsi que l'article 1464 en son deuxième alinéa fait valoir que « *Les parties et les arbitres agissent avec célérité*

⁸⁸¹ Tribune, *Faveur à l'arbitrage*, op. cit.

⁸⁸² Le délai était d'un mois après la formulation par le juge d'une décision d'exéquatur (ce qui pouvait, en incluant les délais nécessaires à l'éventuelle traduction de ladite pièce, exiger de longues semaines après le prononcé de la sentence arbitrale) et ce sera désormais un mois suivant le prononcé de cette sentence arbitrale.

et loyauté dans la conduite de la procédure ». Des deux exigences qui sont ici manifestées, l'exigence de *célérité* pourra passer pour la plus nouvelle.

- L'exigence de clarté, de suffisante transparence, irait dans le même sens : éviter les stratégies coûteuses en temps mais, aussi bien, les manœuvres dilatoires. Une partie ne devrait plus pouvoir conserver la tardive possibilité de récuser l'arbitre, en le découvrant peu favorable à sa cause, au nom d'empêchements que cette partie connaîtrait mais n'aurait pas d'abord révélés. L'article 1456, deuxième alinéa, stipule en effet qu'il « *appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait l'obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature et qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission*⁸⁸³ ». Dans le même esprit, la possibilité qu'une partie se réserverait pour plus tard de contester au nom de raisons procédurales un débat qui n'aurait pas tourné dans le sens qu'elle avait souhaité, se trouve récuser par l'article 1466 : « *La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'évoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir* »

- On peut penser que l'économie de temps peut entraîner l'économie d'argent rendant plus attractif un arbitrage en France alors que l'arbitrage, un peu partout, passe pour coûter cher.

L'écart le plus significatif entre les *objectifs affichés* du texte et ses *grandes orientations*, c'est que les objectifs annoncés ne mettent pas de l'avant l'obsession de la rentabilité, l'obsession du temps, quand on les voit sourdre à chaque ligne ou presque. On sent très bien que la norme d'Etat se soumet à l'appel pressant du marché, que le domaine public entend et comprend la voix de l'intérêt privé dont il n'a plus le pouvoir de séparer vraiment ses objectifs.

Tout ceci revenait à montrer que l'arbitrage et la justice étatique entretiennent un double lien de concurrence et de collaboration. « *L'arbitrage commercial international est un instrument reconnu par les Etats comme nécessaire au développement du commerce international. Pour cette raison, loin de se développer comme un concurrent de la justice des Etats, le droit de l'arbitrage commercial international fait l'objet de l'attention bienveillante*

⁸⁸³ Miribel S., *La réforme du droit français de l'arbitrage*, op. cit. Stéphane Miribel, reprenant en note un jugement de M. Henri-Jacques Nougéin, fait valoir que « *l'impérieuse obligation de transparence qui s'impose à l'arbitre est un vrai progrès de l'autorité morale du tribunal arbitral* ».

de ces derniers, qui l'acceptent comme une institution utile, voire indispensable, à la satisfaction des besoins du commerce international »⁸⁸⁴.

Un autre lien – mais plutôt que de lien, c'est de point commun qu'il s'agit - pourrait concerner l'arbitrage et le droit d'Etat : l'obligation d'affronter de véritables défis.

II. Les expressions publique et privée du droit face à de comparables défis.

Ce n'est donc plus de l'arbitrage et du jugement qu'il s'agit mais plus largement de l'arbitrage en tant que manifestation privée de lois, d'usages ou de coutumes - ou de bon sens et d'équité - d'une part et, d'autre part, du droit positif dans sa manifestation normative et dans sa manifestation judiciaire émanant de la puissance publique. Ils sont, sur des plans distants, des forces régulatrices des activités humaines et les défis qui les concernent ont ceci de commun qu'il s'agit, dans l'un et l'autre cas, de menaces d'affaiblissement. La voie publique et la voie privée de l'équilibre ont en commun – dans leurs représentations traditionnelles au moins – d'être exposées au hasard. L'essor de l'arbitrage est peut-être en train de mettre au jour un tiers ordre du droit, la *lex mercatoria* – défiant par là le droit d'Etat (A). Mais l'arbitrage, à son tour, aperçoit des nuages à l'horizon de ses inquiétudes (B).

A. La *Lex mercatoria* ou le défi aux droits d'Etats

Que le droit d'Etat puisse être concurrencé sur son propre terrain quand on admet traditionnellement que la loi c'est l'Etat, voilà qui doit conduire à s'interroger sur le destin du droit, sur le destin de l'Etat. Car il ne s'agit pas de soumettre à la puissance d'un traité signé ni de baisser la tête au froncement de sourcils de l'Union européenne : il s'agit d'obéir à l'injonction privée, disons de la laisser, sur certains points particuliers, commander. La *lex mercatoria*, sans aucun doute, est une forme insolite du droit dont la légitimité demande un débat (1). Mais au-delà de cette approche, il est bon de s'interroger sur le sens et de s'interroger sur ce que la *lex mercatoria* pourrait illustrer (2).

1. La *Lex mercatoria* forme insolite du droit⁸⁸⁵.

Lex mercatoria : l'expression se traduit du latin par *loi des marchands*, peut-être plus fidèlement par *droit marchand*. Stipuler l'existence de ce droit suppose une profonde remise en question de la notion même de droit, traditionnellement enracinée dans la notion d'Etat.

⁸⁸⁴ Buchman L., Loquin E., *Préférez l'arbitrage !*, op. cit.

⁸⁸⁵ Sur ce point voir Branellec G., *La coexistence des règles applicables au contrat de transport international de marchandises par mer: contribution à l'étude de l'uniformité du droit*, Thèse de doctorat, Brest 2007, p. 451-470

Dans la représentation la plus solidement admise, et quelle que fût l'école de pensée, la mieux ancrée dans les esprits, la plus anciennement enseignée, le lien n'était pas soluble entre le droit positif et l'Etat. Le droit interne est étatique, l'international est interétatique : en tout cela l'Etat domine.

On se rappellera que dans la représentation de Kelsen, l'Etat, gérant ses échelons de pouvoir, et le Droit, dont l'ordonnement se fait en pyramide, ont des valeurs de synonymes. « *L'État, selon Kelsen, n'est plus qu'un mot commode pour exprimer l'unité de cet ordonnancement juridique* »⁸⁸⁶. Ainsi, par voie d'effet, le positivisme étatique est idéologiquement contraint de dénier toute valeur à la *lex mercatoria* : le droit *transétatique* étant un non sens à ses yeux par postulat. Un jugement largement partagé : le droit tel qu'on le conçoit, ne pourrait vivre en dehors de ce cadre.

A rebours de cette ardente conviction, nous pourrions bien être ici dans ce que Laurent Cohen-Tanugi nomme *Le droit sans l'Etat*. « *Comment gérer le décalage entre l'intégration mondiale des marchés et la fragmentation des souverainetés nationales ? Plus proche du marché et de la société civile que l'Etat, le droit est aperçu dans les années quatre-vingt comme un mode de régulation privilégié d'un système économique et politique libéral. Dans le même esprit, un « droit sans les Etats » représenterait-il l'avenir des relations internationales dans un univers mondialisé ?* »⁸⁸⁷

Par rapport à l'interrogation que nous avons invitée dans notre réflexion – le droit (tel que nous le connaissons) peut-il mourir ? – il semble que le phénomène appelé *lex mercatoria* présente un intérêt majeur. « *L'admission de la juridicité de la lex mercatoria suppose une adhésion à la théorie du pluralisme juridique, récusant le rôle exclusif de l'Etat dans la production du droit.* »⁸⁸⁸ Le droit, tel que nous l'imaginons, serait alors sur le chemin de mourir, sauf à se perpétuer par de subtiles symbioses. Tel est pour l'heure le cas. « *Dans une économie mondialisée, la lex mercatoria offre les moyens d'une régulation alternative à l'intervention des Etats. On est en droit de s'en émouvoir. Le risque existe en effet d'une autorégulation aveugle aux impératifs d'intérêt public. Mais l'ordre juridique de la lex mercatoria et les ordres juridiques étatiques ne s'opposent pas de manière tranchée. Il y a complémentarité et coopération entre eux. Aujourd'hui le commerce international est en*

⁸⁸⁶ Ghestin J., Goubeaux G. et Fabre-Magnan M., *Traité de droit civil, Introduction générale*, op. cit., p. 18.

⁸⁸⁷ Cohen-Tanugi L., *Le droit sans l'Etat, Sur la démocratie en France et en Amérique*, Ed. PUF, Paris 1985, p. 285.

⁸⁸⁸ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 59-60. Les auteurs ajoutent : « *L'étude du droit du commerce international conduit à adopter une telle démarche tant il y apparaît que la production étatique du droit y est fortement concurrencée par les sources que nous avons rassemblées sous l'appellation de « source-procédé ».* », *Ibid.*

*réalité sujet à une forme de co-régulation : par le biais des normes et des organes de la lex mercatoria d'une part et par le biais des Etats, qui n'ont pas abandonné toutes prérogatives d'autre part.*⁸⁸⁹ »

Irions-nous toutefois – le droit maritime en particulier, que la *lex mercatoria* concerne au premier chef - vers un droit privé... privé ? La question que voilà n'est à prendre en considération que pour le droit des affaires et notamment le droit du commerce. Avec lequel le droit maritime a de fort vieilles parentés. Soulignons-le : la *lex mercatoria* qui fut la loi des marchands (le *droit marchand*, la *loi commerçante*) a retrouvé vigueur en tant que référence essentielle à l'arbitrage maritime.

Telle quelle – et malgré les réfutations qui sont venues contester son existence même – il semble que la *lex mercatoria* réunisse d'importants éléments d'une légitimité historique (a), d'une légitimité de fait (b), d'une légitimité juridique (c).

a. Une légitimité historique.

Nous pourrions montrer que la *lex mercatoria*, venue d'ancienne mémoire, est géographiquement l'enfant de l'Europe. Il y eut des règles chez les Grecs pour l'organisation du commerce et sans doute aussi, dans la proche banlieue de l'Europe, chez les marchands et marins phéniciens. De façon plus nette encore à Rome. A Rome, donc, la *lex mercatoria* devrait non seulement son nom mais sa première sève : on juge assez souvent que « *la lex mercatoria plongerait ses racines dans le jus gentium*⁸⁹⁰ *et aurait perduré jusqu'à l'effondrement de l'Empire romain, date à laquelle le commerce international lui-même connut une longue éclipse.*⁸⁹¹ »

C'est cependant le cœur du Moyen-âge⁸⁹² qui voit s'épanouir ladite *lex mercatoria* : très précisément du XIe au XIIIe siècles : autrement dit l'époque des Croisades. Une plausible explication ? La préalable élimination de l'occupation arabe des côtes françaises de la Méditerranée qui ouvrit une route, par la France, entre les deux grands foyers d'activités marchandes de l'Europe : les îles britanniques, la Mer du Nord et la Baltique au nord, la Méditerranée au sud. Une autre explication pourrait se rajouter : la création des Etats latins du Levant dès la fin de la première croisade et la considérable augmentation du commerce

⁸⁸⁹ Racine J-B., Siiriainen F., *Droit du commerce international*, op. cit. p. 64.

⁸⁹⁰ L'expression latine *jus gentium* qui désigne le *droit des gens* renvoie, de plus, vers une éternité de droit naturel. Le *Lexique des termes juridique* (op.cit., p. 368) la définit comme « *ensemble de règles juridiques ayant leur fondement dans la nature des choses, applicables à tous les peuples et non seulement aux sujets d'un Etat déterminé* »

⁸⁹¹ Sur ce point voir notamment Bureau D., *Lex mercatoria*, in *Dictionnaire de la culture juridique* op. cit., p. 934

⁸⁹² Ibid.

oriental à travers la Méditerranée. Précisons sur un autre tableau (voir notamment *les Rôles d'Oléron*) que le progrès qu'ont connu les règles de droit maritime au Moyen-âge, est en rapport direct avec les Croisades⁸⁹³ et la rencontre avec les usages maritimes de Constantinople.

Cette indication géographique, évidemment, ne donne aucune qualité de *droit d'Europe* à la *lex mercatoria*. Parce que l'Europe à l'époque est dépourvue de toute réalité, de tout projet politique et parce que, d'autre part, la *lex mercatoria* ne surgit d'aucune autorité. C'est l'exemple type d'un droit surgit spontanément. C'est un droit venu de solutions trouvées, de libres arrangements jugés bénéfiques et reproduits. Bref un droit que l'usage rend coutumier, peut-être moins unifié dans ses choix de départ que ne fut le droit maritime, *international* cependant comme lui, peut-être même *a-national*, un droit dont les morceaux se sont progressivement rassemblés, bâti sur l'idée de contrat. Par son biais les commerçants se sont donc constitué une base juridique solide et qui va leur permettre d'accroître leurs échanges commerciaux pendant une bonne partie du Moyen Âge et même sur une durée dépassant les huit siècles.

C'est un droit réglé d'origine par l'arbitrage, un droit véhiculant des valeurs et ce que l'on peut appeler des principes, un droit novateur aux solutions inattendues.

Tout ceci présenterait un caractère anecdotique et peut-être anodin si ne s'imposaient des points de ressemblance avec les temps que nous vivons. Baudoin Bouckaert établit d'ailleurs un intéressant parallèle – un jeu de balançoire ? – entre la puissance de la loi des marchands d'une part et l'autorité politique de l'autre. La période d'essor de la *lex mercatoria* « est caractérisée par une asymétrie : d'un côté, un morcellement du pouvoir politique ; d'un autre côté, une intégration avancée du réseau d'échanges économiques internationaux. »⁸⁹⁴ A l'opposé, « Le déclin de la *lex mercatoria* suivra l'évolution politique globale : la montée en puissance des Etats nations. Le premier pays à éliminer la *lex mercatoria* en tant que droit autonome a été l'Angleterre. (...) Ce mauvais exemple a été graduellement suivi sur le continent jusqu'à la codification et la nationalisation du droit commercial au 19^e siècle en France et en Angleterre »⁸⁹⁵

En sommes-nous revenus, dans les débuts du XXI^e siècle, à la situation qui prévalait en Europe il y a mille ans, c'est-à-dire à la situation d'affaiblissement qui voit l'Etat partager

⁸⁹³ Sur ce point voir Joseph-François Michaud, *Histoire des croisades - Physionomie morale des croisades et considérations sur leurs résultats*, Ed. Michaud jeune, Tome 6, 4^{ème} édition, p.339

⁸⁹⁴ Bouckaert B, *La Lex mercatoria*, 30^e université d'été de la nouvelle économie, consacrée aux défis institutionnels de la mondialisation, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, Aix-en-Provence, 26- 29 août 2007, consultable sur Internet.

⁸⁹⁵ Ibid.

le pouvoir, à titre plus ou moins volontaire, avec l'initiative privée ? L'affaiblissement de l'autorité de l'Etat laisse assez peu de place au doute, en particulier sur le vieux continent. La construction de l'Europe de l'Union a tendance, au plan de l'autorité politique, à désarmer les Etats sans savoir utiliser toujours, aussi pleinement que les Etats le faisaient, les moyens confisqués. Mais elle est loin d'être seule en cause et le jeu concomitant de la mondialisation sera souvent d'éradiquer les obstacles anciens qui l'entravaient, matérialisés par les frontières et les droits contraignants. Retour vers une logique d'avant, d'Etat faible et de droit faible d'Etat ? L'Histoire, a-t-on dit, ne se répète pas. Voire. Il n'est pas assuré pour le moins que son chemin soit toujours droit : l'Histoire a des tournants qui pourraient la ramener parfois vers des paysages à l'air de déjà vu. L'Etat, dirait un vocabulaire en vogue, a bien cessé d'être *incontournable*. Or il faut bien que le gouvernail soit tenu : la régulation privée – la *lex mercatoria* – toutes coudées plus franches, est ainsi légitimée par les faits.

b. Une légitimité de fait.

Ce serait chose prématuré de soutenir que le droit d'Etat, que nous connaissons, se meurt : il est pourtant clair que l'Etat dans sa capacité de présence est chahuté, comme atteint par des maladies de vieillesse : un peu sourd et voyant mal, affaibli dans sa puissance d'agir, bavardant une inquiétante inflation de lois qui sont parfois - pour occuper la place et plaire à l'électeur – un simple écran de fumée.

Devant la mondialisation qui les regarde de sa hauteur, que peuvent-ils ? Il serait injuste penser que les Etats n'ont pas voulu réagir et répondre à la formidable force du flot qui tend de toutes part à transformer la planète en *village*, injuste de penser qu'il n'ont pas voulu se donner la main pour maintenir ou promouvoir un équilibre à l'échelle du monde. Il suffirait de rappeler quelques initiatives de droit public comme la création des cours internationales de justice à l'image de la Cour pénale internationale de la Haye jugeant des crimes contre l'humanité, des traités internationaux contre la torture ou le génocide, des essais de promouvoir les droits de l'homme... Les moyens manquent parfois pour sanctionner la transgression des conventions signées.

C'est dans le domaine du droit privé, notamment commercial que les efforts engageant les Etats remportent un succès notable : ainsi la *Convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises* (CVIM) signée à Vienne le 11 avril 1980, ratifiée par près de quatre-vingts pays représentant les trois-quarts du commerce international. Convention classique internationale et contraignant donc les seuls Etats qui l'ont ratifiée (la France en fait partie mais non le Royaume-Uni), la *Convention de Vienne* organise un droit

des contrats de vente internationaux qui, sauf clause inverse inscrite au contrat signé, prévaut sur les droits nationaux. « *La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises est considéré comme un droit mondial de la vente internationale (..) Il est frappant de constater que son caractère supplétif n'a pas porté atteinte à son effectivité.*⁸⁹⁶ » Chacun connaît par ailleurs le succès des *Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international* et qui sont un autre dépassement du droit d'Etat puisque UNIDROIT, l'Institut international pour l'unification du droit privé, dont le siège est à Rome, est un organisme intergouvernemental indépendant, rassemblant des Etats volontaires afin de dégager des principes unifiés du droit, notamment d'un droit du commerce international. Les Principes du droit européen des contrats, dégagés par la Commission Lando vont dans un sens très voisin. Les rapports avec le droit *spontané* de la *lex mercatoria* sont voulus. Les Principes du droit européen des contrats, les Principes Unidroit, dont les champs sont différents mais qui tous procèdent de la *lex mercatoria*, se réfèrent à elle à l'occasion : « *Pour utiliser une expression bien connue dans le monde du commerce international, les uns et les autres prétendent être une sorte de rédaction de la lex mercatoria moderne*⁸⁹⁷. En effet, le préambule des Principes UNIDROIT annonce qu'ils "peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les "Principes généraux du droit", la "lex mercatoria" ou autre formule similaire" et l'article 1.101 (3)a) des Principes européens des contrats indique qu'ils peuvent être appliqués "lorsque les parties sont convenues que leur contrat serait régi par "les principes généraux du droit", la "lex mercatoria" ou une expression similaire".⁸⁹⁸ » La convergence est nette.

Il faudrait-il évoquer pareillement l'accueil favorable et déjà confirmé des *incoterms*⁸⁹⁹.

Dans ces conditions, le retour de la *lex mercatoria* - d'une *lex mercatoria* moderne – est bien dans l'ordre du temps : sa légitimité s'inscrit dans les faits, c'est la légitimité, sans doute inattendue, du fruit que l'arbre a porté.

⁸⁹⁶ Loquin E. *Les sources du droit mondialisé*, Droit et Patrimoine 2001.96.

⁸⁹⁷ Il convient de citer le nom du Professeur Berthold Goldman qui s'est appliqué, en France et dans la deuxième moitié du XXe siècle, à remettre à l'honneur la *lex mercatoria*.

⁸⁹⁸ Sylvette Guillemard, *Comparaison des Principes UNIDROIT et des Principes du droit européen des contrats dans la perspective de l'harmonisation du droit applicable à la formation des contrats internationaux*, Université de Laval, 23 mai 1999, publié en ligne par l'Institute of International Commercial Law. Pour autre comparaison entre les Principes Unidroit, les Principes du droit européen des contrats et leurs liens avec la *lex mercatoria*, voir aussi D. Mazeaud, « *A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'UNIDROIT et la Commission Lando* », in *Mélanges en l'honneur de M. Cabrillac*, Ed.Litec, Paris 1999, p.205

⁸⁹⁹ Incoterms. « *Abréviation de international commercial terms, recueil des usages du commerce international élaboré et actualisé par le Chambre de commerce internationale depuis 1936...* » (*Dictionnaire du vocabulaire juridique, op. cit.*)

La *lex mercatoria*, venue d'un temps profond, révèle ainsi le temps présent. Première en date et première en force, elle est loin d'être seule à témoigner d'un droit qui s'interroge. A ses côtés, témoignant pareillement de l'Histoire en marche, on pourrait citer – pour mémoire et sans plus - la *lex electronica* dont le nom, visiblement décalqué, dit l'appartenance à la même et puissante vague : une mondialisation qui entraîne tout, qui donc entraîne un peu chacun. Car il s'agit ici d'Internet, utilisé de façon familière et massive, infléchissant le cours des temps, du commerce et des logiques du droit - du droit maritime en particulier⁹⁰⁰. La notion de *lex electronica*, souligne Pierre Trudel, « *prétend contribuer à rendre compte des différents phénomènes normatifs encadrant les participants à la communication électronique.*⁹⁰¹ » Il s'applique à mettre en relief la portée d'un phénomène auquel nul ne songeait sans doute il y a trente ans : l'accès du plus grand nombre aux réseaux d'ordinateurs. « *Le droit relatif à ces réseaux et à ce qui s'y passe illustre certains des processus par lesquels le droit prend une dimension mondiale*⁹⁰² ». Dans une analyse intitulée « *De la lex mercatoria à la lex electronica* », le Professeur Elisabeth Krecké souligne la portée pour le droit de ces phénomènes conjoints. « *La mondialisation de l'économie bouleverse le droit, affecte son identité, dissout ses repères, jusqu'à remettre en question le concept même de droit, du moins tel qu'il est défini dans le cadre du positivisme juridique. En effet, sous l'impact des changements technologiques ultrarapides, les sociétés subissent aujourd'hui de profondes mutations que les systèmes juridiques traditionnels ont parfois du mal à encadrer. D'abord parce que le droit national est confiné à un territoire. Or, la logique de délimitation spatiale est difficilement conciliable avec celle de la mondialisation qui par définition ignore les frontières quelles qu'elles soient (géographiques, culturelles, idéologiques, technologiques...). Ensuite, l'évolution du droit est lente, du moins comparée à celle de l'économie et de la technologie planétaire qui, elles, s'emballent depuis une vingtaine d'années.*⁹⁰³ » A la question « *Le droit peut-il mourir ?* », la *lex mercatoria* pourrait apporter

⁹⁰⁰ Cf. le connaissance électronique.

⁹⁰¹ Trudel P. *La lex electronica* in *Le Droit saisi par la mondialisation*, ouvrage collectif sous la dir. de Charles-Albert Morand, Ed. Bruylant, Bruxelles 2001, p. 221.

⁹⁰² Ibid.

⁹⁰³ Elisabeth Krecké, *De la lex mercatoria à la lex electronica*, 30e université d'été de la nouvelle économie, consacrée aux défis institutionnels de la mondialisation, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, Aix-en-Provence, 26- 29 août 2007, op. cit.. L'auteur montre l'étendue des défis que représente pour le droit la dissolution des frontières où s'encadrerait l'ancienne image du droit. « *L'identité du droit commercial est définitivement mise à l'épreuve avec l'émergence de la « nouvelle économie » liée à Internet (incarnation de l'économie mondialisée). La nouvelle économie, aux potentiels de profit énormes, place les marchands devant des problèmes juridiques inédits, auxquels les systèmes juridiques traditionnels ont du mal à trouver des solutions efficaces et rapides. Tout le monde a eu vent des problèmes spécifiques posés par Internet : violation des droits de propriété, piratage de données, téléchargements illégaux, fraudes de toutes sortes, crime organisé,*

la plus inattendue des réponses : elle est en effet, quant à elle, éminemment ressuscitée. La *lex mercatoria*, resurgie dans un tournant du temps, tire une légitimité de l'Histoire et renaît de ses cendres, en s'imposant au temps présent dans une légitimité de fait, se taillant sa place. Or le champ du droit maritime est son champ de prédilection. Son rapport essentiel avec l'activité maritime, hérité de ses vies passées, présente pareillement la solidité de ce qui se constate : une légitimité factuelle à la dimension de la place occupée. Cette place-là, fort importante, il apparaît que la *lex mercatoria*, le droit marchand de source privée, se l'est taillée peu à peu dans l'intervalle laissé vacant par le recul des droits d'Etats : la nature ayant, disait-on jadis, horreur du vide, un manque est par là comblé. « *Le recul de l'Etat, consécutif à la mondialisation, est un facteur favorable à l'essor des normativités privées. La lex mercatoria se développe dans le champ laissé libre par les Etats.*⁹⁰⁴ »

Mais sa légitimité juridique, après avoir été discutée, s'admet de mieux en mieux.

c. Une légitimité juridique.

Plusieurs questions sollicitent la réflexion : la *lex mercatoria* doit-elle être regardée comme une autre source du droit ? Telle quelle, est-elle un ordre juridique autonome ?

La présence et le succès de la *lex mercatoria* sont des faits : des réalités que l'on n'avait pas entièrement prévues mais produisant des effets de droit. La moderne *lex mercatoria* s'est, en quelque sorte, imposée spontanément comme une *source ajoutée*.

Donc une *source* nouvelle imposée par les faits ? Cette *source*, pourtant, n'est pas un matériau nouveau : c'est un agglomérat d'autres *sources* et nous avons vu déjà que les cloisons ne sont pas étanches entre les manifestations du droit, pas plus qu'entre ses sources à l'eau souvent mêlée : « *si la pédagogie commande de les isoler, elles se mélangent dans la réalité concrète et posent des problèmes d'identité ou de frontières.*⁹⁰⁵ » La *lex mercatoria*, forme privée, que l'on pourrait juger très atypique du droit, révèle à l'examen la même irréductible complexité. Certes elle a tout d'une source en ceci qu'elle apporte, à l'arbitre international du droit commercial, une réserve de références appréciées. Mais cette source est une coagulation de sources au sens le plus ancien du mot. « *La lex mercatoria constitue un ensemble normatif qui semble se fonder sur l'alliance de certaines sources, et paraît en retour capable d'exercer une action sur les sources qui l'alimentent ou prétendent l'alimenter. En d'autres termes, l'étude de la lex mercatoria est inséparable de l'étude des*

atteinte à la vie privée, etc. Tout le monde connaît ces discours infiniment relatés sur le « vide juridique » régnant dans cette prétendue « zone de non-droit ». »

⁹⁰⁴ Racine J-B., Siiriainen F., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 64.

⁹⁰⁵ Philippe Jestaz, *Les Sources du droit*, op. cit. p. 2

sources du droit du commerce international, car elle invite à une réévaluation de la théorie des sources, et à jeter au moins l'ébauche d'une vision dynamique des rapports entretenus entre les différentes sources ⁹⁰⁶ » Une réévaluation de la théorie des sources ? Une confirmation, pour le moins de la capacité que les sources du droit possèderaient de mélanger leurs eaux. Pour atypique que soit, au regard du droit traditionnel, la *lex mercatoria*, elle offre une occasion de le vérifier.

- Malgré le mot *lex* qui se traduit du latin par le mot *loi*, la *lex mercatoria* n'appartient pas à la loi, fût-ce au sens large, et ne procède en rien, nous venons de le voir, d'une autorité d'Etat. Pourtant des lois, des fragments de lois venus de divers horizons, peuvent s'y réunir et s'y coaguler.

- La *lex mercatoria* reproduit un schéma d'autonomie de la volonté, socle du droit des contrats, non seulement parce que sa naissance et sa renaissance, au fil du temps, se sont nourries de cette autonomie mais aussi parce qu'à son tour, aperçue malgré les contestations comme un bloc normatif, elle apporte aux contrats, comme la loi, mais à défaut parfois de la loi, le soutien de son autorité. Or la normalisation contractuelle est dans l'air du temps. Mireille Delmas-Marty parle de « *l'apparition d'un nouveau processus d'engendrement des normes fondé sur l'affaiblissement du principe hiérarchique. C'est cet affaiblissement qui entraîne le recul de l'Etat au profit d'un marché sans frontières, dont il semble que le véritable pilier soit le contrat.* ⁹⁰⁷ » De cette façon, quelques risques qui s'y rattachent, s'esquisserait la possible apparition « *d'une société de contrats aux lieu et place d'une société règlementée.* ⁹⁰⁸ »

- L'appellation de *lex mercatoria*, sa réapparition parmi les mots du droit, doit tout à la doctrine. Et c'est la doctrine aussi, le droit savant, qui s'est penché sur elle avec l'intérêt que suscite l'inattendu, lui apportant des ferments d'unité, la remaniant, l'adaptant, l'adoptant, contribuant par certains de ses témoignages, à la façon de Berthold Goldman en France, à sa notoriété. « *La doctrine est pour beaucoup dans l'existence même de la lex mercatoria. A l'origine de sa découverte, elle va également œuvrer pour la diffusion de son existence.* ⁹⁰⁹ »

- La *lex mercatoria* se nourrit aussi de principes, une source de droit que le professeur Jestaz, nous l'avons vu, rapproche du droit sacré, fût-il laïc : un petit côté de *droit naturel* qui

⁹⁰⁶ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 57.

⁹⁰⁷ Delmas-Marty M., *Trois défis pour un droit mondial*, Ed. Seuil, Paris 1998, p. 83.

⁹⁰⁸ Barthélémy J. *Propos préliminaires*, in *Nouveaux espaces contractuels*, JCP éd. E, 1995, p. 2, cité par Eric Loquin et Laurence Ravillon, op. cit., p. 93

⁹⁰⁹ Deumier P. *La Lex mercatoria entre ordre et désordre* in *Le monde du droit – Ecrits en l'honneur de Jacques Foyer*, Ed. Economica, Paris 2008, p. 308.

pourrait expliquer par ailleurs diverses hostilités. Ne dit-on pas que la *lex mercatoria* serait dans l'ensemble floue ? Qu'elle aurait trop peu de rigueur et d'unité ? Mais le recours aux principes expliquerait aussi la faveur de l'arbitrage, utilisateur de la *lex mercatoria* lorsque aucun droit n'est désigné. Familier des jugements en équité, l'amiable compositeur est homme de principes. « *J'appelle 'principe' un standard qui doit être observé (...) parce qu'il s'agit d'une exigence de la justice, de l'équité ou de quelque autre dimension de la moralité* » soutient Ronald Dworkin⁹¹⁰. Nous avons déjà souligné diverses parentés, par ailleurs, entre la *lex mercatoria*, forme *anationale* d'un droit qui tend à montrer sa puissance et les Principes Unidroit dont on sait qu'ils ont reçu bon accueil.

- La *lex mercatoria* trouve sa sève en bonne part, autant que le droit maritime, au sein de la coutume. Il est vrai que la coutume, avant d'être reconnue doit recueillir la sanction du temps mais tel est ici le cas. De la coutume, il faut rapprocher les usages auxquels une référence essentielle est constamment faite ici : ce qui conduit à les réunir quitte à les distinguer. Cette distinction ne va pas toujours de soi. C'est ainsi que le *Vocabulaire juridique G. Cornu* aperçoit les usages comme une « *Espèce de source de droit a) parfois synonyme de coutume, b) Plutôt qu'une véritable règle de droit, désigne souvent une pratique particulière à une profession (usages professionnels), à une région (usages régionaux), ou à une localité (usages locaux) et dont la force obligatoire est variable.*⁹¹¹ ». On peut juger que la différence essentielle entre la coutume et les usages est dans la capacité de contraindre. « *En principe les usages, si généraux soient-ils, restent supplétifs. Leur application ne s'impose pas au juge.*⁹¹² » Il apparaît pourtant que la distinction devient malaisée en droit commercial et plus encore en droit maritime où la jurisprudence « *reconnaît souvent aux usages maritimes la valeur de coutumes. Ceux-ci puisent leur force, non dans des volontés contractuelles individuelles, mais dans la conviction collective de la communauté maritime qu'il faut les respecter.*⁹¹³ »

- La jurisprudence : une ultime et précieuse source du droit classique. Elle est, selon Gény, « *l'initiatrice de toute coutume*⁹¹⁴ » et la différence essentielle entre usage et coutume

⁹¹⁰ Dworkin R., *Prendre les droits au sérieux*, traduction française Paris 1995, p. 80, cité par René Sève *Philosophie et Théorie du droit*, Dalloz, Paris 2007, paragraphe 235, p. 188.

⁹¹¹ Cornu G., *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 930

⁹¹² Rémond-Gouilloud M., op. cit., p. 27. L'auteur rapporte que « *les courtiers interprètes du port de Rouen se sont vus refuser le bénéfice d'un usage de la place étendant leur privilège au-delà des limites de leur commune* ».

⁹¹³ Ibid.

⁹¹⁴ Gény F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t.1, n° 116, cité par le Professeur Rémond-Gouilloud, Ibid. Le jugement du Professeur Gény s'oppose en façon radicale au jugement du Professeur Jestaz qui juge que la coutume est « *une source venue de la base* »

est peut-être là : la coutume est un usage assez vigoureux que la jurisprudence a juridiquement baptisé. La jurisprudence ou tout au moins la pratique arbitrale, une *jurisprudence* des tribunaux arbitraux, nourrit pour une part la *lex mercatoria*, les chambres arbitrales ayant notamment le souci de recueillir les usages par écrit pour que la trace en soit fixée. C'est aussi, nous allons le voir, la jurisprudence de la Cour de cassation qui clarifie, aux yeux du droit français, le statut juridique de la *lex mercatoria*.

Il y a donc bien là, selon l'expression des Professeurs Jacquet, Delebecque et Corneloup, matière à *réévaluation de la théorie des sources*. Au-delà de la confirmation que les sources du droit s'interpénètrent et s'associent souvent, quel constat ? Peut-être bien celui-ci : l'étoffe du droit *spontané* se tisse des mêmes fils que l'étoffe du droit d'Etat : tout change et tout demeurerait : ce n'est peut-être pas le droit, la substance du droit, qui sont exposés de nos jours à la tourmente des temps mais le contrôle du droit. Le droit d'établir le droit. Ce droit, la *lex mercatoria* l'a pris par la force des faits, réunissant dans son giron toutes les sources connues, dans de variables proportions.

Mais une autre question demeure : il ne suffit pas, pour montrer la juridicité de la *lex mercatoria*, d'établir qu'elle est trempée des mêmes eaux que les sources du droit : pour que s'adosse à elle un droit du commerce international, il faut aussi que les éléments qui se réunissent en elle aient le pouvoir d'assurer son existence et sa cohérence pleines. Et la question qui demeure est la suivante : est-il légitime de considérer que la *lex mercatoria* forme un ordre juridique indépendant, distinct des ordres juridiques d'Etats ? Question de considérable portée qui remet en cause, on le sait, l'idée traditionnellement reçue du droit, l'image même du droit. La querelle était inévitable. Elle a eu lieu⁹¹⁵.

D'un côté ceux qui jugeaient que la cohérence d'ensemble était suffisamment assurée : Berthold Goldman qui fut le révélateur et le chantre français de la *lex mercatoria*, persuasif et, semble-t-il, abondamment suivi, jugeant que « *la lex mercatoria remplit bien la fonction d'un ensemble de règles de droit* »⁹¹⁶.

Du côté des opposants, le Français Paul Lagarde et l'Anglais Lord Mustill. Pour le premier, la *lex mercatoria* ne saurait se regarder comme un ordre juridique organisé. « *Il n'existerait aucune cohérence entre toutes les règles la composant. De plus, la société des marchands internationaux ne serait pas suffisamment organisée pour secréter des normes. Il n'y aurait que « des îlots d'inorganisation » (...), la lex mercatoria serait inapte à évincer les*

⁹¹⁵ Voir à ce sujet Racine J-B., Siirainen F., *Droit du commerce international*, op. cit., p.58 et s. *L'existence de la lex mercatoria / le débat doctrinal*.

⁹¹⁶ Goldman B. *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives*, Clunet 1979, p. 499, cité par Racine J-B., Siirainen F.

*ordres juridiques étatiques.*⁹¹⁷ ». Pour le second, la *lex mercatoria* serait un ensemble hétéroclite d'éléments dispersés. Des arguments sans doute assez voisins, les reproches des détracteurs ayant un air passionné de défense contre l'impensable : « *Usages éparpillés, principes généraux non spécifiques, société transnationale inconsistante [la lex mercatoria serait] informelle, trop insaisissable, trop mal connue et difficile à connaître, trop lacunaire, trop fragile dans sa normativité*⁹¹⁸ ».

Nombre des reproches que ses détracteurs font à la *lex mercatoria* pourraient aussi bien convenir au droit international public dont personne, en dépit de cela, ne conteste en rien la juridicité. « *Afin de répondre aux objections formulées, il est possible d'avancer avec Goldman que si la lex mercatoria n'est pas un système juridique parfait, elle présente néanmoins les caractéristiques d'un ordre juridique incomplet en voie de formation.*⁹¹⁹ » Son immédiate viabilité pourrait au demeurant se renforcer de ce que le Professeur Goldman appelle une « *cohabitation* », qu'il juge souhaitable, avec le droit d'Etat.

C'est que l'enjeu est de taille : il en va de la reconnaissance de la *lex mercatoria* qui se ferait au prix d'un infléchissement définitif des logiques ordinaires du droit. « *Pour que les règles de la lex mercatoria puissent accéder au statut de règles de droit, il est nécessaire de réfuter le monopole de l'Etat dans l'édition du droit. A défaut, la théorie de la lex mercatoria sera rejetée, par hypothèse, dans le domaine du fait*⁹²⁰ » Sa désignation dans un contrat par une clause d'*electio juris* en qualité de droit applicable est possible, à l'inverse, à condition d'y voir un ordre juridique autonome.

En France, en tous cas, le problème est aujourd'hui réglé : la Cour de cassation⁹²¹, par l'arrêt *Valenciana* du 22 octobre 1991, a reconnu la juridicité de la *lex mercatoria*, lui permettant par voie d'effet d'être choisie par les parties d'un contrat, permettant à défaut d'un autre choix que les arbitres internationaux la retiennent dans leur sentence. « *Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris a considéré qu'un arbitre n'avait pas failli à sa mission lorsque, ayant examiné les points de rattachement entre un contrat et différents ordres juridiques étatiques, il avait décidé d'appliquer « l'ensemble des principes et usages du commerce dénommé lex mercatoria, dispositions de caractère international ayant vocation, à*

⁹¹⁷ Racine J-B., Siiriainen F., *Droit du commerce international*, op. cit. p. 59.

⁹¹⁸ Deumier P. *La Lex mercatoria entre ordre et désordre*, op. cit. Pascale Deumier présente ici des réticences qui ne sont pas les siennes.

⁹¹⁹ Racine J-B., Siiriainen F., *Droit du commerce international*, op. cit. p. 60.

⁹²⁰ Bureau D., *Lex mercatoria*, in *dictionnaire de la culture juridique* (Alland D. et Rials S. sous la dir. de), op. cit., p. 935 (chap. *Juridicité*).

⁹²¹ Bull. civ. 1991 I N° 275 p. 182

*défaut de compétence législative déterminée, à s'appliquer pour la solution d'un tel litige.*⁹²²» Or la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, l'a rejeté à son tour en considérant que l'arbitre, accusé d'avoir statué non pas en droit mais en équité contrairement aux dispositions du contrat, n'avait pas trahi sa mission, qu'en se référant à « *l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales* », il avait bel et bien statué en droit⁹²³.

Par là, la *lex mercatoria* est adoubée. Reste à savoir ce qu'elle illustre.

2. *Ce qu'illustre la Lex mercatoria.*

La *lex mercatoria*, donc, a remporté sa victoire et s'est solidement imposée. Que faut-il découvrir en cela ? Des raisons de s'inquiéter, peut-être bien, pour l'ordre du monde et le droit tel que nous le connaissons (a). Mais aussi, peut-être bien, des raisons d'optimisme (b).

a. Des raisons d'inquiétude.

Le droit *spontané*, le droit de création privée, montre aujourd'hui sa force.

Il est à peine besoin d'y revenir : on peut s'inquiéter pour l'Etat traditionnel, promoteur et gardien du droit. Ne parle-t-on pas de *déliquescence* de l'Etat ? L'Etat, dépassé de partout par la nouvelle dimension de tout, se fait petit, bousculé de partout par l'activisme des marchés. L'Etat serait exténué de lui-même et se débattrait dans la surproduction désordonnée de lois, de règlements, de conventions, de décrets, bavard comme un discours politique, impotent, vieilli dans les alourdissements de l'arthrose et de l'obésité, l'énergie perdue, le souffle court et la mobilité réduite. Est-ce exagéré ? Bien entendu. Mais l'exagération serait-elle un mensonge ou ce grossissement qui fait que l'on voit mieux ?

Second constat, tout proche du premier : l'ordre du monde a basculé, cet ordre du monde que le droit, tel que nous le connaissons, se donnait pour mission d'équilibrer, tirant son effectivité de la puissance étatique.

Or le droit maritime et toutes les formes du droit qui se relie au commerce, à la puissance de l'économie conquérante, ont à prendre en compte une évidence inattendue : l'économie ne se regarde plus comme un moyen, l'économie se regarde aujourd'hui comme une fin. « *L'intendance suivra* » soutenait le Général de Gaulle avec un effet de puissance et de majesté dans la voix. L'intendance ne veut plus, du tout, condescendre à suivre : elle allonge le pas sachant qu'on la suivra. Par un brutal renversement des valeurs, des

⁹²² Voir Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p.60.

⁹²³ Ibid.

perspectives et des logiques, une économie d'hier que l'on pensait soumettre au service, inégal, des peuples et des Etats, soumet d'une égale façon les Etats et les peuples. Tout devrait suivre, y compris le droit.

L'Etat devient ce roi qui, ne régnant plus que sur un petit coin, n'a plus de prise et moins d'ordres à donner. Le succès conjoint de l'arbitrage et de la *lex mercatoria*, qui sont liés entre eux, pourrait aussi s'expliquer par là. « *D'une manière générale, on peut constater que l'arbitrage prospère dans les époques où l'État est faible, incapable souvent d'imposer le recours à ses tribunaux ou le respect de leurs décisions*⁹²⁴. » Ce jugement du Professeur David, se rapporte à la prospérité de l'arbitrage au Moyen Age, à l'époque où la faiblesse du pouvoir royal a favorisé, par ailleurs, l'émergence de la *lex mercatoria*. Faut-il évoquer cette faiblesse aujourd'hui ? La reconnaissance en droit de la *lex mercatoria*, le soutien bien compris que le juge institutionnel apporte à son concurrent privé, sont des encouragements de l'Etat, mais le signe aussi – l'aveu peut-être bien - de sa propre incapacité.

Dans le grand chaud de la fièvre d'argent, les sources internationales du droit se fondent et se confondent et, tiré sur le chemin, le droit d'Etat qui se pensait légitime au nom d'un lointain consentement des populations se résout à suivre ; et c'est la Loi qui en définitive est la plus exposée. « *La mondialisation de l'économie produit une véritable subversion de la souveraineté juridique des Etats, déclare le Doyen Loquin. Les marchés ont perdu en l'Etat leur grand horloger. L'Etat est trop petit pour appréhender le marché global. Il est condamné au suivisme juridique et doit adapter sa législation aux impératifs du marché global.*⁹²⁵ » La *lex mercatoria*, certes, n'est pas la cause : elle est – c'est tout - la plus nette expression de l'état du monde et du droit, d'un monde et d'un droit dont elle a reçu sa consécration. Le phénomène est secondé, souligné, facilité, par la dématérialisation de certains échanges et notamment « *par l'apparition des 'marchés immatériels', qu'il s'agisse du marché financier ou de l'Internet. Le marché immatériel se libère du support des territoires étatiques et donc des ordres juridiques étatiques. Les législations étatiques sont impuissantes à appréhender les économies immatérielles qui n'ont d'autre assise territoriale que l'ensemble de la planète.*⁹²⁶ » On retiendra que l'usage du connaissance électronique, expérimenté par le transport maritime, est à situer dans cet ensemble.

Un autre problème (il concerne le droit car les problèmes des hommes, en presque tout, finissent peu ou prou par concerner le droit) prend sur ce même plan la forme d'une

⁹²⁴ David R., *Arbitrage*, Encyclopaedia Universalis.

⁹²⁵ Loquin E. *Les sources du droit mondialisé*, op. cit.

⁹²⁶ Ibid.

question sensible : elle est teintée d'idéologie. C'est la question du libéralisme en économie comme en politique. On ne tentera pas de savoir si le libéralisme, exalté par la mondialisation, peut se remplacer de nos jours par d'autres solutions crédibles. On ne tentera pas non plus d'opposer le libéralisme keynésien plus social des Trente Glorieuses au libéralisme plus « mercatique » en vogue aujourd'hui. Ces questions-là sont pour les politiques ou les économistes. En revanche, on retiendra que la phrase « *Laissez faire, laissez passer*⁹²⁷ », si elle est datée du XVIIIe siècle, aurait un air très actuel et qu'à l'échelon du droit maritime et du droit commercial, on lui ferait dire aisément, dans une apostrophe à l'Etat : « *Ne légiférez en rien, cédez la place* ». Un langage extrême ? Il peut ne pas déplaire à ceux qui souhaitent une privatisation des prérogatives publiques. Le Professeur Bouckaert rappelle qu'au Moyen-âge au moment du plein essor de la *lex mercatoria*, les choses en allaient ainsi. « *Les décisions étaient données par des juges privés sur la base de leur réputation. Les foires et les villes ont peu à peu développé leurs tribunaux commerciaux. Les sentences étaient respectées la plupart du temps: les commerçants risquaient en effet l'expulsion de leur guilde dans le cas contraire*⁹²⁸ ». Et le même auteur juge pareillement que le retour à de semblables usages, à leur souplesse, à leur efficace rapidité, doit être soutenue d'encouragements. « *La réglementation systématique du commerce (au niveau national mais aussi européen) est l'obstacle majeur au développement des arrangements contractuels entre marchands. Il faut donc par exemple soutenir l'idée de shopping (sic) institutionnel, soutenir le recours à l'arbitrage par des réductions fiscales pour ceux qui y ont recours* ».

« Shopping »⁹²⁹ ? C'est court pensé, pensons-nous.

Si le recours à l'arbitrage – on l'encourage déjà – nous paraît juste et bon dans un lien que l'on ne veut pas rompre avec le droit voté, nous pensons comprendre ici que l'auteur souhaite un recul maximal de toute contrainte publique en relevant que cela, jadis, fut bon. *La « réglementation »* serait « *l'obstacle majeur* ».

Les enjeux, nonobstant, ne sont plus les mêmes et plus le même non plus le retentissement d'activités souvent très enfiévrées de l'économie sur la santé de la mer et du monde : au temps d'Aliénor et des Plantagenêts les navires cinglaient, toutes voiles de vent tendues, sans autres risques pris que les dangers éternels de la mer. Les marées n'avaient jamais, alors, que la couleur de l'eau.

⁹²⁷ Phrase attribuée au physiocrate Vincent de Gournay par Guizot, prononçant son éloge funèbre (Encyclopédie Encarta 2006)

⁹²⁸ Bouckaert B., *La Lex mercatoria*. Ibid.

⁹²⁹ L'auteur décalquerait son propos sur l'expression de *forum shopping* : une pratique attestée dont la noblesse, à notre sentiment, serait encore à découvrir.

Caricaturons (la caricature est abus mais non mensonge : elle accuse les traits saillants) : quel libre « shopping » juridique, aujourd'hui, se souciera de mettre des secteurs entiers de la vie marine à l'abri des empoisonnements définitifs de la pollution ?

Qu'on ne s'y trompe pas : la déréglementation prônée par certains partisans d'un ardent libéralisme a des efficacités, peut-être irremplaçables, et qu'il ne faut pas nier. Mais à côté du goût pour la liberté, de l'admiration pour la performance, il est bon que le juriste inscrive dans son esprit le jugement connu de Lacordaire : «*Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui affranchit*».

Tout, pourtant, n'est peut-être pas si sombre et, dans la situation que nous venons d'évoquer, se rencontrent aussi des raisons d'optimisme.

b. Des raisons d'optimisme.

Pour reprendre les mots de Pascal cherchant entre le juste et le fort l'enracinement du droit, nous conviendrons que l'essentiel, aujourd'hui, se réduit à un danger : que « *n'ayant pu faire que le juste fût fort* », on soit conquis par un *fort* qui n'aurait nul souci d'être *juste*.

Car le droit du plus fort est, bel et bien, la mort du droit. Ce risque est à garder dans l'esprit. Le désir des milieux marchands de s'affranchir des contraintes est sans aucun doute effectif et, si rassurantes que soient les atténuations ci-dessous, suffisamment manifesté pour représenter de vrais risques.

Pour autant, si le défi que la *lex mercatoria* lance au droit d'Etat retient tant l'attention ce n'est peut-être pas que s'y manifeste un abus, c'est peut-être d'abord parce que l'Etat n'a plus le moyen de relever ce défi. « *En effet, la régulation publique est de plus en plus inadaptée : l'accélération des changements que connaît notre société exige que la norme juridique soit élaborée plus rapidement et soit plus proche des secteurs d'activité et des acteurs concernés.*⁹³⁰ » Ce qui se manifeste à travers les droits *spontanés* ce n'est peut-être pas le désir de mettre au rancart les contraintes du droit d'Etat pour déblayer le chemin devant la ruée conquérante de l'économie. C'est peut-être, à l'inverse, un désir de réguler toujours là où l'Etat ne régule plus. « *Une présentation simpliste conduirait à conclure que l'absence de réglementation nationale impérative entravant les échanges sert les intérêts et les besoins du commerce international.*⁹³¹ » écrit le Doyen Cachard. Mais, précise-t-il, « *Les codes de*

⁹³⁰ Loquin E. et Ravillon L., *La volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé*, in *La Mondialisation du droit*, op. cit. p. 106.

⁹³¹ Cachard O. *Droit du commerce international*, op. cit., p. 16

*conduite privés adoptés par certaines entreprises multinationales illustrent que l'intérêt du marché rejoint parfois l'intérêt général.*⁹³² »

Face au droit de l'Etat qui s'encombre à l'envi de son poids, de son ancienneté, de ses obscurités, de ses contradictions, serait-ce un retour vers un droit simplifié qui ferait une place à l'autorité morale ? Si les codes de conduite privés ne sont ici qu'une indication, cette indication pourrait trouver plus ample confirmation dans l'équité de l'amiable compositeur quand bien même il est vrai que le tribunal arbitral est bien plus souvent chargé de juger en droit. Pareillement les règles peu nombreuses – elles seraient au nombre de vingt⁹³³ - de la *lex mercatoria*, cherchent à mettre en œuvre un droit moral que l'on porte en soi, dont la simplicité ne saurait être niée. Ce souci se découvre également dans le texte de *La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*, déjà citée, puisque, notent les Professeurs Jacquet, Delebecque et Corneloup, cette « *convention de Vienne rappelle, à son article 7, alinéa 1, (...) la nécessité (...) d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international*⁹³⁴ ». Peut-être aussi faut-il penser que tout droit porté vers l'international – et c'est bien entendu le cas du droit maritime – a besoin, pour être contraignant, de compter sur le respect des valeurs et la contrainte morale.

Il se pourrait, si surprenant que cela soit, qu'on prenne ici quelques distances avec une logique uniquement portée sur le calcul et de pareilles distances, au plan de la pensée juridique, avec un positivisme strict. Si l'économiste von Hayek, cité par le Doyen Cachard, peut toujours juger que la règle de droit n'assure sa pertinence qu'en se soumettant à la loi du marché, son jugement ne fait pas l'unanimité : « *les opérateurs du commerce international sont attachés à 'la part de l'idéalisme' qui fait bonne mesure au positivisme et aux intérêts du commerce international. Les illustrations en sont nombreuses et peuvent être rangées sous les bannières de la vertu et de l'équité.*⁹³⁵ »

« *Sans doute, écrit le Professeur Cachard, la lex mercatoria rejoint-elle finalement la doctrine du droit naturel classique décrite par Michel Villey : « une doctrine non totalitaire,*

⁹³² Ibid.

⁹³³ Pour les vingt règles dégagées par Lord Mustill (particulièrement le principe *pacta sunt servanda* dont on sait l'importance en droit international et le principe de *bonne foi*), Voir Cachard O. *Droit du commerce international*, p. 9, note de bas de page n° 28.

⁹³⁴ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p.52.

⁹³⁵ Cachard O. *Droit du commerce international*, op. cit, p. 20. Ce jugement s'accompagne d'une référence à Philippe Fouchard *Droit et morale dans les relations économiques internationales*, in *Revue des sciences morales et politiques*, 1997, p. 33.

*mais qui cherchait à mesurer les parts respectives de la loi et des autres sources ; dans le droit ce qui est posé et ce qui ne l'est point*⁹³⁶ » ».

Peut-être aussi, loin d'être un délaissement du droit, la *lex mercatoria* représenterait-elle, avec l'essor de l'arbitrage, un éclairage inattendu sur les ressources et la diversité, sur la vitalité du droit. Dépassant l'antagonisme un peu fabriqué que l'on fait surgir entre les approches naturalistes et les approches positivistes du droit, cette *lex mercatoria*, proposerait au droit l'élargissement de son champ cultivable, offrant – ce qui n'est pas peu – l'occasion d'un réexamen non partisan de querelles vieilles. «*Si l'autorité du droit est bien fondée sur une conception positive et sur des choix assumés par le législateur au nom de la Nation, il faut néanmoins faire appel à la morale dans l'élaboration des règles juridiques* » .

Le souci mieux cultivé de la règle intériorisée – c'est un défi de société - pourrait bien être, à brève échéance, une ultime assurance du droit. Comment savoir si nous en prenons le chemin ? Le droit *spontané* représenterait peut-être alors, dans la situation très tourmentée que connaît le droit d'Etat, le refus du droit de se laisser mourir.

Ceci, qui n'a que la force de l'hypothèse, et ne peut prétendre annihiler les inquiétudes que l'on peut concevoir aujourd'hui pour le droit traditionnel, pour les manifestations publiques du droit. Divers signes indiqueraient par ailleurs que l'alternative privée, l'arbitrage utilisateur de la *lex mercatoria*, chargé comme le juge – et fût-ce en d'autres voies - d'une œuvre de justice, aurait à concevoir ses propres inquiétudes.

B. Des inquiétudes pour l'arbitrage

Aussi ancien qu'il soit l'arbitrage a pu suggérer des inquiétudes et nous avons constaté qu'il avait connu, dans le cours des temps, des hauts et des bas. C'était là des inquiétudes à propos de l'arbitrage et nous pensons qu'aujourd'hui, l'arbitrage et la justice étatique, collaborateurs et concurrents, convenant de naviguer de conserve, il est vain de cultiver ces inquiétudes-là. «*Mais la grande question demeure de savoir s'il est concevable que des arbitres puissent être détachés de tout ordre juridique étatique pour être, au besoin, rattachés à un ordre juridique a-national ou véritablement international ou, à la limite, pour « flotter » dans l'espace international sans rattachement à aucun ordre juridique : l'arbitrage serait ainsi totalement soustrait aux cadres étatiques ou inter-étatiques pour relever seulement de normes autonomes, composantes d'un véritable ordre juridique international ou tiers ordre*

⁹³⁶ Cachard O., *ibid.*, p. 14. Le jugement de Michel Villey présenté par le Doyen Cachard est extrait de sa contribution *François Gény et la renaissance du droit naturel* in *Faculté de droit et de sciences économiques de Nancy, Le centenaire du Doyen François Gény*, Paris, Dalloz, 1963, p. 55.

*juridique. La thèse n'est pas insoutenable et peut se prévaloir de certains soutiens jurisprudentiels ou doctrinaux*⁹³⁷». Ce n'est pas la question, pourtant, que nous voulons aborder ici. Nous voulons parler des raisons que peut trouver l'arbitrage aujourd'hui, pour concevoir ses propres inquiétudes. Nous l'avons vu : l'arbitrage a connu, dans le cours des décennies passées, dans le secteur du droit maritime, un remarquable essor. Va-t-il devoir payer la rançon du succès ? Deux ombres pourraient peser sur lui qui, toutes deux, viennent d'un même mal : l'obsession des rentabilités. Ces deux ombres sont d'une part l'éloignement des hommes (1) et d'autre part la perte d'un esprit. (2).

1. *L'éloignement des hommes.*

L'arbitrage a permis de trancher des litiges en gagnant du temps. Mais il a du mal à réunir aujourd'hui les hommes indispensables. Les hommes n'ont plus le temps (a). S'éloignent de lui ceux qui assuraient sa spécificité, les arbitres informés du terrain, praticiens familiers de la mer (b) S'éloignent aussi de lui – ce qui ne manquera pas d'inquiéter - nombre de virtuels plaideurs (c).

a. Le manque de temps.

Lorsque le juriste Montesquieu, dès le XVIII^e siècle et par les yeux de son Persan, se stupéfiait de la précipitation des gens de Paris qui ne *marchent* pas mais qui *courent* et qui *volent*, il ne pouvait deviner ce que cette hâte-là deviendrait. Les hommes d'aujourd'hui n'ont plus le temps. C'est le temps, peut-être bien, qui possède les hommes et le droit, parfois, pousserait à la roue.

Nous avons précédemment constaté, nous interrogeant sur le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, un sensible écart entre les *objectifs affichés* du texte et les *grandes orientations* que révèle un examen plus patient : nulle distorsion pourtant, tout se tient si ce n'est que le souci d'aller plus vite est partout présent quand ce souci n'est ouvertement proclamé comme objectif. Souci du temps, souci de la rentabilité, souci de l'argent. La norme d'Etat, disions-nous, s'oblige à servir par là les impatiences du marché.

Faut-il s'en attrister ? Faudrait-il s'indigner de ce souci d'accélérer ? Face aux vieilles sagesses indiquant qu'il est malaisé de faire à la fois *vite* et *bien*, se dresse un autre vieux constat : *la justice est lente*, et l'on pensera qu'il s'agit de la justice d'Etat. Les raisons sont connues : manque de moyens, volume et quantité des dossiers, peur aussi de décider trop vite

⁹³⁷ Oppetit B., *Théorie de l'arbitrage*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris 1998, p. 86-87, cité par Vidal D., *Droit français de l'arbitrage commercial international*, édition bilingue français/anglais, Ed. Gualino, Paris 2004, p. 3.

et sans pouvoir être sûr alors que, dans le silence du temps, s'ouvrent parfois les fleurs de la vérité. S'il faut choisir entre la justice lente et la justice expéditive, une saine idée de la justice empêchera qu'on hésite. Il est vrai que, dans la sentence arbitrale, *il n'y a pas mort d'homme*, il est vrai que *le temps c'est de l'argent*. Donc on fera vite. On fera bien mais par-dessus le marché. Le tout, c'est de gagner du temps.

Ce souci de rapide effectivité, de rentabilité, se distingue en clair autant qu'entre les lignes, un peu partout, dans le décret du 13 janvier 2011. Il est notamment l'incontestable moteur de l'article 1513 qui retient l'attention du Professeur Delebecque : « *Que dire enfin de cette disposition qui fait qu'un arbitre puisse, en matière internationale, décider unilatéralement du sens de la sentence, bien que celle-ci doive, en principe, être délivrée à la majorité des voix ? Désormais, si aucune majorité ne se dégage, le président du tribunal, non seulement statue seul, mais encore, si ses co-arbitres refusent de signer la sentence, la signe seul, la sentence produisant 'les mêmes effets que toute sentence'*.⁹³⁸ » On est sûrs au moins que ça ne traîne pas.

On ne saurait soutenir que le goût de la justice est ici trahi. Cela n'est pas vrai. Mais il se pourrait qu'il n'ait plus qu'une seconde place au regard des logiques de rentabilité, de productivité, de rapidité qui sont admises sans examen, sans débats, sans que le principe du contradictoire, à leur propos, puisse être conservé. La marchandisation de tout conduira-t-elle à l'équilibre final en dépit des convulsions qu'elle a déjà déclenchées ? Ce n'est peut-être pas une question de droit mais cette marchandisation du monde, où l'économie n'est plus un moyen mais une puissance exerçant *l'imperium*, obéit-elle à la même règle du jeu que le droit qui doit tendre à tout équilibrer ? Ce sont de graves questions, d'autant plus préoccupantes aujourd'hui que, les remisant dans quelque discours idéologique, on s'interdit tant soit peu de les examiner. L'arbitrage en pâtit, qui perd ses hommes.

b. La raréfaction des praticiens.

Pas d'arbitrages sans arbitres et ces arbitres-là sont, en principe, issus de deux ordres : il y a les juristes et les praticiens. Les juristes, au sens générique et familier du mot, connaissent bien *la loi*. Les praticiens, professionnels de la mer et donc gens de terrain connaissent le large et les navires, et les usages et les documents. « *Les praticiens apportent aux juristes l'éclairage des faits et la pratique de la négociation*⁹³⁹ ».

⁹³⁸ Delebecque Ph. *Le décret du 13 janvier 2011*, in *Gazette de la Chambre, Lettre d'information de la Chambre arbitrale maritime de Paris*, n° 25, printemps 2011, p. 2.

⁹³⁹ Arradon F., *Les dérives de l'arbitrage maritime*, in *Gazette de la Chambre*, n° 20, automne 2009, p. 1.

Le fait nouveau, c'est la raréfaction de ces praticiens ce qui entraîne une remise en cause inattendue d'un équilibre serein, la fin programmée d'une mixité profitable à tous et le risque ainsi de voir perdue la connaissance en direct, irremplaçable, appréciée, des usages maritimes, une connaissance indispensable à la qualité des sentences.

Au nombre des raisons de la désaffection - raisons qui sont liées pour la plupart à l'obsession de rentabilité que nous évoquions - la numérique diminution de ces professionnels de la mer : « *Les intervenants maritimes français sont de moins en moins nombreux. De fusions en acquisitions, le nombre des armateurs a fondu comme neige a soleil. Les sociétés de négoce se sont également regroupées, d'autres ont déplacé leur siège social vers des pays fiscalement plus accueillants et ont progressivement recruté des commerciaux sans liens avec la France et donc moins motivés pour inscrire dans leur contrat l'arbitrage à Paris*⁹⁴⁰ ». Raison conjointe un manque à peu près chronique de temps : « *la perspective d'arbitrage occasionnel est, pour beaucoup, une motivation insuffisante pour accepter d'arbitrer compte tenu de l'intensité de leur activité quotidienne*⁹⁴¹ ». La quête de la maximale et rapide efficacité génère en outre un phénomène assez voisin de la taylorisation : la spécialisation poussée : « *Il devient plus difficile de trouver des praticiens dotés d'une connaissance exhaustive du transport maritime et de nombreux documents qu'il génère*⁹⁴² ».

La conséquence est que les arbitres sont, de plus en plus souvent, des juristes de métier tandis qu'il arrivait jadis qu'il n'y en eût pas un seul : « *ce n'était pas la règle. De nos jours cela a totalement changé, les arbitres maritimes, tout au moins ceux qui sont le plus souvent désignés, ont tous une formation juridique*⁹⁴³ »

Se peut-il que l'arbitrage, en cela, paraisse moins attrayant ? Toujours est-il que, depuis quelques années, sa clientèle se rétrécit.

c. La raréfaction des plaideurs

Le phénomène est très net. « *L'arbitrage maritime, écrit Alexandre Job, se trouve à la croisée des chemins. Il fait face à un défi important, à savoir la défiance de ceux qui y ont traditionnellement recours.*⁹⁴⁴ » Le phénomène est attesté sur le plan le plus large. L'arbitre Bruce Harris, ci-dessus nommé, dresse pour Londres un constat pessimiste et si la situation de la Chambre arbitrale maritime de Paris paraît meilleure elle est, elle aussi, tant soit peu

⁹⁴⁰ Ibid.

⁹⁴¹ Ibidem

⁹⁴² Ibidem

⁹⁴³ Harris B., *L'Avenir de l'arbitrage maritime*, in *Gazette de la Chambre, Lettre d'information de la Chambre arbitrale maritime de Paris*, n° 17, automne 2008, p. 1.

⁹⁴⁴ Job A., *Arbitrage maritime, dérives et perspectives*, op. cit.

menacée : « *La Chambre arbitrale maritime a vu son activité croître jusqu'à la fin des années 1990 (...) Depuis quelques années, même si les montants en jeu dans les arbitrages augmentent, la tendance à une réduction du nombre de demandes existe à Paris comme à Londres. Les mêmes causes produisent-elles les mêmes effets ?*⁹⁴⁵ »

Cette clientèle aujourd'hui plus réticente a profondément changé. Autrefois, les entrepreneurs maritimes, hommes très engagés dans l'action, « *considéraient que l'arbitrage faisait partie du plaisir du boulot* ». Sur ce point-là, pareillement, tout est changé : leurs descendants veulent au plus vite, à moindre coût, des résultats de compromis dont ils se satisferont sans se soucier des « *détails* » si cela leur paraît plus rentable en termes financiers. Les parents *vivaient* leur métier. Tout est changé. « *Leurs successeurs sont allés à Harvard, ont un MBA et voient les choses différemment.*⁹⁴⁶ » Pourquoi s'engager dans un arbitrage, aux résultats forcément incertains, qui durera des mois, quelquefois plus d'une année, coûtera du temps, de la fatigue et de l'argent, si quelque arrangement plus direct à *cinquante-cinquante* » est susceptible d'économiser tout cela ?

Ce point de vue se défend quand bien même il signifierait, par commodité, le mol abandon du droit. Chacun verra qu'un nouvel esprit se manifeste par là.

2. *La perte d'un esprit.*

Là aussi, c'est l'obsession du temps, de la rentabilité, que l'on a voulu mettre au service de l'arbitrage et qui pourrait nonobstant conduire à son déclin. Deux changements essentiels seront à signaler : la monétarisation du temps qui est la conséquence, en direct, de tout ce qui précède (a) et l'âpreté procédurière (b).

a. La monétarisation du temps.

L'idée que tout travail entraînera son salaire et l'idée de prendre en compte, aussi, sa durée ne sont pas neuves, et ce qui est neuf c'est l'implacable arithmétique obsessionnelle où l'on aborde aujourd'hui le temps.

Pour les mêmes raisons d'argent, le temps se comprime où s'étire. On tâche d'en gagner par tous moyens. C'est ainsi que certains documents essentiels sont parfois bâclés : « *les transactions maritimes sont incorporées dans des pro forma de contrats ou de chartes-parties par la dangereuse méthode du copier/coller : rapidité et clarté ne font pas très bon ménage. Si lors du voyage maritime, des difficultés surviennent, si un contentieux surgit, il*

⁹⁴⁵ Arradon F., *Les dérives de l'arbitrage maritime*, op. cit. p. 1.

⁹⁴⁶ Harris B., *L'Avenir de l'arbitrage maritime*, in *Gazette de la Chambre*, op. cit. p. 2.

*sera bien délicat d'interpréter certaines clauses imprécises ou ambiguës et de dire, en cas de contradiction entre lesdites clauses, laquelle s'applique*⁹⁴⁷ ».

Mais il arrive aussi que l'on étire le temps, que l'on tâche en quelque façon d'en perdre, étant donné que le temps sera facturé. C'est l'effet d'une judiciarisation de la procédure arbitrale où l'on voit les avocats-conseils, dépêchés auprès des arbitres et des parties, largement alourdir leurs interventions de peur qu'il leur soit autrement reproché par leurs cabinets de ne pas en avoir assez fait. Pour cette autre raison que ces mêmes cabinets leur font, par ailleurs, « *l'obligation de facturer autant d'heures de travail que possible*⁹⁴⁸ ». Ce mercantilisme à l'anglo-saxonne aurait pour l'heure épargné la France au moins de façon partielle. « *Mais Paris ne peut pas rester le village gaulois de l'arbitrage et la tendance lourde de compliquer les arbitrages par un juridisme excessif se manifeste de plus en plus fréquemment*⁹⁴⁹ ».

b. La judiciarisation de l'arbitrage.

Sur ce point, force est de voir que l'esprit de l'arbitrage est menacé de changer : ce qui était confrontation, s'obligeant à la *bonne foi*, pourrait se remplacer par des habiletés de plaideurs soucieux de gagner de toute force.

En sus de l'esprit plus âpre que nous avons aperçu, le changement se trouve aussi dans la mise à l'écart des parties que l'arbitrage appelait à dialoguer mais qui ne s'exprimeront plus que par l'intermédiaire de leurs avocats : « *Le climat va changer parce que les acteurs ne sont plus les mêmes. En France comme au Royaume-Uni, il est rare de voir les parties présentes aux réunions d'arbitrage et, lorsqu'elles y assistent, elles restent bien sagement silencieuses, laissant aux spécialistes que sont devenus leurs avocats développer les arguments qui leur sembleront judicieux*⁹⁵⁰ ».

Ces arbitres juristes, et virtuellement peu concernés par la pratique, sauront-ils faire une suffisante place aux usages du commerce maritime international ainsi que le NCPC le prévoit ? L'expérience du praticien dont on risque d'être privé ne va-t-elle pas manquer ?

Le surcroît de juridicité c'est aussi le surcroît de formalisme alors que l'un des attraits de l'arbitrage était d'en éviter l'excès. Ce formalisme, hérité souvent des jugements de common law peut désarçonner, passer pour un écran de fumée, dissimuler l'essentiel derrière un effet décor, imposer d'étranges et d'étrangères lourdeurs. « *Il est regrettable que ces*

⁹⁴⁷ Arradon F., *Les dérives de l'arbitrage maritime*, op. cit. p. 1.

⁹⁴⁸ Harris B., *L'Avenir de l'arbitrage maritime*, op. cit. p. 2.

⁹⁴⁹ Arradon F., op. cit. p. 1.

⁹⁵⁰ Ibid., p. 2.

arguments procéduraux soient largement utilisés au détriment de la démonstration des mérites du dossier, enrichi trop souvent, de pléthoriques annexes qui ne sont que des relevés de doctrine et de jurisprudence purement françaises, parfois sans relation avec le transport maritime. Ce volume de papiers inutiles met par contraste en évidence une certaine indigence dans la recherche de la volonté des parties et l'interprétation des clauses de chartes-parties ». On peut juger que l'arbitrage est, en ceci, trahi..

Un autre point, lié à cette diffuse volonté de judiciaireiser l'arbitrage est le net recul de la confidentialité parce que l'esprit de l'arbitrage, ici aussi se perd. L'arbitrage peut-il mourir ? Il est malaisé de se prononcer là-dessus mais s'il ne monte pas sa garde, il pourrait se diriger vers l'un de ces demi-sommeils qu'il a connus dans l'histoire et dont il a toujours su resurgir. *« Certains ont même évoqué un déclin de l'arbitrage maritime international et une dégradation de son image comme de son esprit. Parmi les raisons venant au soutien de ces vues sont principalement évoqués : l'accroissement de la durée des procédures arbitrales, la multiplication des incidents de procédure, le coût élevé de l'arbitrage, la déliquescence progressive de la confidentialité face à l'exigence accrue de transparence, et l'utilisation accrue de moyens de communication de preuves empruntés au système anglo-saxon, telle cette procédure de discovery qui, outre la production massive de documents qu'elle implique est source de complexité et de frais supplémentaires ».*

La conséquence est que l'arbitrage, ainsi malmené, devient plus long, plus coûteux. L'arbitrage, au nom de l'obsession de la rentabilité qui a voulu l'investir, devient peu à peu... moins rentable. Et les parties par conséquent seront conduites à préférer la conciliation, la médiation, voire tout arrangement rapide, à l'amiable, et sans que l'on se soit toujours prononcés sur le fond. *« Bien que j'espère me tromper, je pense que dans la décennie à venir nous verrons se poursuivre le déclin du nombre d'arbitrages à Londres ou partout ailleurs »*, proclame Bruce Harris.

Concurrence entre la loi d'une part et d'autre part les pratiques normatives privées, concurrence – et toutefois collaboration sensible – entre l'arbitrage et le jugement, reconnaissance par la jurisprudence éminemment respectée de la Cour de cassation d'une *lex mercatoria* qui se construit, notamment, d'une jurisprudence privée. Des inquiétudes pour la loi d'Etat, des inquiétudes pour l'arbitrage. Et le sentiment général d'un certain désarroi qui s'inscrit probablement dans le désarroi du monde et du jour. La confusion du droit, la confusion des sources du droit dispose à certains désordres – il ne sera question plus loin que des désordres au sein de la source légale – et à certains conflits.

Chapitre 2 : Du désordre des sources aux situations de conflit.

Ce désordre des sources est pour une part la conséquence de *la guerre des sources* que nous venons d'évoquer, de ce débordement des volontés publiques - impuissantes à s'unir au plan de l'international - par les impatiences des professionnels. De cet affrontement pour le contrôle normatif, nous avons vu que deux sources reconnues du droit, très actives à l'échelon national - ou régional européen - sortaient très affaiblies : la jurisprudence et la loi, plus ou moins supplantées par des initiatives privées dans le domaine international des activités maritimes. Mais ce désordre – il faut sans doute le situer dans un certain désordre du monde - est encore interne aux volontés publiques, aux voies les plus reconnues par lesquelles s'exprime le droit : la confusion vient à jaillir entre des sources du droit, entre des expressions de l'autorité qui relèvent tantôt de la loi, tantôt de la jurisprudence et, tantôt, s'agissant de la *Lex mercatoria*, d'un ensemble complexe où la coutume occupe une certaine place.

Si les sources du droit maritime actuel – celles qui, *sources* authentiques du droit, présentent plus d'unité que la liberté contractuelle – apparaissent inadaptées, carencées, manquant de la force et de la clarté qu'il faut pour informer l'activité des professionnels, ce n'est pas par manque de textes auxquels se référer mais par une profusion que la source légale est la première à manifester. Tout premiers, produisant la norme et pesant en cela sur la jurisprudence, obéissant dans la succession des époques à divers intérêts comme à divers calculs, les législateurs ont multiplié les voix du droit, les rendant presque inaudibles. Nous apercevrons dans un premier temps les voies de la constitution d'un désordre (section 1). De là naissent des situations de conflits (section 2).

Section 1. La constitution d'un désordre.

Le désordre de la source légale ou, pour parler d'une façon plus étendue, le désordre imputable aux références juridiques, est constatable au plan national français (I). Mais, d'une façon plus manifeste encore, il existe un désordre international préjudiciable à l'équilibre de la pratique autant qu'à la clarté du droit (II). Désordre, enfin, que les ajustements très distancés qui se constatent entre le Droit maritime international et le droit interne des Etats (III).

I. Le désordre au plan national français

Plus que d'un désordre indiscutable des textes, il faut sans doute, au plan français, parler d'un flottement dans l'exécution des tâches du législateur, d'une écriture du droit maritime insuffisante et peu capable, après 1681, de maintenir les textes du droit maritime en état de claire et complète efficacité. Le bel ordre de l'Ordonnance de la Marine a été perdu dans l'avancée des temps (A). Les lois Rodière, dans la seconde moitié du XXe siècle auront servi pendant quelques décennies comme un estimable expédient (B). Le volet maritime du Code de Transports vient de les remplacer (C).

A. Le bel ordre perdu de l'Ordonnance de la Marine.

Du point de vue du droit interne, c'est – comme chacun le sait- l'Ordonnance de la Marine de 1681, œuvre magistrale du droit français, qui fut le point de départ de la création d'un véritable droit maritime français.

Depuis la date de sa création dans les dernières décennies du XVIIe siècle jusqu'aux débuts du XIXe siècle, il est indéniable que l'Ordonnance de la Marine aura réglé non seulement le droit maritime français mais aussi régné sur le droit maritime international, inspirant de sa rigueur et de sa clarté les dispositions suivies par l'ensemble des nations maritimes.

La révolution industrielle est venue brouiller les cartes introduisant, avec l'adoption de la vapeur, des conditions nouvelles de la navigation. Le droit se doit d'équilibrer ce qui *est*, devant informer le présent pour éclairer véritablement les hommes. A toute époque changée convient un droit changé.

Mais le travail de mise à jour du Code de la Marine, effectué semble-t-il sans grand talent, n'aura pas – de beaucoup s'en faut – la rigueur conceptuelle indiscutée du texte d'origine. A partir de 1808⁹⁵¹, constate le professeur Bonassies⁹⁵², « [...] *le droit maritime français a perdu de sa splendeur formelle. Le législateur napoléonien aurait pu conserver un code maritime. Il ne l'a pas fait, brisant l'unité instituée par l'ordonnance de 1681* ».

A cette époque, en effet, la plupart des règles issues de l'Ordonnance de la Marine furent introduites dans le code de commerce, qui lui consacra son livre II. Travail rapide et trop peu marqué par les lenteurs de la réflexion, manquant d'une attention patiente aux réalités complexes de la mer. « *Cette partie du code n'est pas excellente, estimera le*

⁹⁵¹ Date d'entrée en vigueur du code de commerce

⁹⁵² Bonassies P., *Pour une nouvelle ordonnance de la marine*, in mélanges Breton-Derrida, Ed. Dalloz, Paris 1991, p.23

professeur Rodière. *Les rédacteurs du code de commerce ont copié, ou à peu près, l'Ordonnance de 1681, mais ils l'ont mutilée* »⁹⁵³. Car, rappelle-t-il, alors que « *L'ordonnance touche à la fois au droit public et au droit privé [...] les rédacteurs du code ont supprimé tout ce qui leur paraissait de près ou de loin le droit public* »⁹⁵⁴.

B. Les lois Rodière, un estimable expédient.

A quelques exceptions près⁹⁵⁵, le droit maritime interne, à la suite de cela, pendant plus d'un siècle et demi, va demeurer dans un état de latence et ce n'est que dans la seconde moitié du XXe siècle, en 1966, que le législateur prendra l'initiative de dépoussiérer la matière, afin notamment de la mettre à jour à l'égard des conventions internationales ratifiées par la France. Au demeurant c'est le professeur René Rodière qui sera chargé du chantier de rénovation. Mais alors que beaucoup espéraient un code maritime, afin de retrouver l'esprit de l'Ordonnance de la Marine, ce sont de simples lois qui seront promulguées. De l'avis du professeur Bonassies, « *La modestie du législateur s'explique probablement par le fait que son attention était à l'époque retenue par de nombreux projets de réforme du droit privé – réforme en cours du droit des sociétés, réforme du divorce, du droit de la famille* »⁹⁵⁶.

Quoi qu'il en soit, cinq lois⁹⁵⁷, que la doctrine se plaît à nommer *Lois Rodière* virent le jour entre 1966 et 1969, concernant les affrètements et transports maritimes, les assurances maritimes, le statut du navire et autres bâtiments de mer, les événements de mer et enfin une loi relative à l'armement comme aux ventes maritimes.

Ces lois Rodière ont pour le moins permis l'existence d'un droit maritime actualisé sur des points essentiels et qui a couvert la fin du XXe siècle.

Elles sont cependant placées dans une situation d'antériorité, se plaçant donc en retrait, par rapport aux événements majeurs qui marqueront ce temps : d'une part les catastrophes des marées noires⁹⁵⁸ entraînant de vifs débats sur la sécurité des transports, sur les risques représentés par la pollution marine accidentelle ou provoquée, sur la nécessité par conséquent de réexaminer les textes et, d'autre part, sur des problèmes nouveaux par exemple relatifs à la multiplication des pavillons de complaisance. « *Dans ce contexte, l'absence de code maritime était surprenante en France, d'autant que dans le même temps l'Union européenne*

⁹⁵³ Rodière R., *Droit maritime*, précis Dalloz d'après le précis du doyen G. Ripert, Ed. Dalloz, Paris 1963, p. 11

⁹⁵⁴ Ibid. p. 11-12

⁹⁵⁵ Ibid., p. 12-14

⁹⁵⁶ Bonassies P., *Pour une nouvelle ordonnance de la marine*, op. cit. p.24

⁹⁵⁷ Nous ne nous attardons pas sur ce point, qui fera l'objet de développements ultérieurs

⁹⁵⁸ Seule la première de ces catastrophes, le naufrage du Torrey Canyon au large des côtes anglaises en 1967, se situe dans la période de rédaction des lois Rodière.

développait sa propre politique maritime et ses normes.⁹⁵⁹ » C'est un point que nous avons aperçu.

Les lois Rodière ont donc laissé sur leur faim ceux qui souhaitaient la rédaction d'un code maritime, instrument d'ordre et d'unité. Codifier c'est en effet « *rassembler, fixer, clarifier, rénover, systématiser, unifier les règles relatives à une matière en les ordonnant en un nouveau corps de droit ayant valeur de loi.* »⁹⁶⁰

C. Le volet maritime du Code des Transports.

Les lois Rodière ont au demeurant vécu, remplacées par le volet maritime du nouveau Code des Transports, adopté en décembre 2009 par le gouvernement français puis entré en vigueur le 1^{er} décembre 2010. C'est un considérable travail de mise à jour et qui, inscrivant le droit maritime au sein d'un code général des transports, paraît se situer dans la même logique d'unification que les Règles de Rotterdam⁹⁶¹.

Doit-on se déclarer pleinement satisfaits ? « *Le volet maritime du nouveau Code des Transports n'est pas un Code maritime. D'une part, il ne couvre pas toutes les questions maritimes, ni a fortiori marines ou littorales, traitées dans d'autres codes (Assurances, Collectivités Territoriales, Défense, Douanes, Environnement, Sport, etc.). D'autre part, l'essentiel des dispositions d'application du nouveau Code est renvoyé à des décrets existants mais non encore codifiés ou qui seront réécrits dans les prochaines années.* »⁹⁶²

Aux yeux du juriste maritime, il subsiste une impression d'inachèvement. Sans doute pourra-t-on juger cependant que ces insuffisances ou ces défauts sont d'une moindre portée que ce que l'on peut appeler le désordre international.

II. Le désordre international

L'efficacité juridique – et les juristes savent qu'il ne s'agit pas là d'un mince défi – requiert la mise en œuvre assurée d'un droit clair et unique. C'était le cas, dans le domaine du transport maritime, et quelque réserve que l'on veuille émettre, aux époques révolues des *Rôles d'Oléron* qui furent au Moyen-âge, ainsi que nous l'avons vu, la forme et le fondement d'un droit maritime européen de la façade atlantique. Ce fut aux mêmes époques, le cas du *Consulat de la Mer* qui, très largement respecté par chacun, se présenta comme une

⁹⁵⁹ Angelelli P., *Le volet maritime du Code des Transports : une nouvelle Ordonnance de la Marine*, op. cit.

⁹⁶⁰ Cornu G., *Vocabulaire juridique* op. cit, p. 163 et 164

⁹⁶¹ On peut y voir un désir de prendre en compte le considérable développement du transport multimodal dont nous venons de parler.

⁹⁶² Angelelli P., op. cit.

compilation des usages du commerce maritime en Méditerranée. Ce fut le cas, plus largement encore, lorsqu'au XVIII^e siècle, en 1681, l'*Ordonnance de la Marine* de Colbert fournit non pas à la France seulement mais au monde maritime alors armé pour affronter les routes mondiales de la mer, un instrument qui s'est imposé dans l'espace et dans le temps comme une référence essentielle. Et qui n'est devenu progressivement insuffisant que lorsque les conséquences engendrées par les révolutions industrielles ont modifié, sur un large plan, les données de toujours. Aboutissant à ce que des spécialistes appellent aujourd'hui « *le désordre mondial* »⁹⁶³. Historiquement ce désordre est imputable à l'antagonisme des intérêts d'Etats (A). Ce désordre procède aussi, par une sorte d'effet pervers, de la multiplicité des conventions internationales ayant pour premier but de le résorber (B).

A. L'antagonisme historique des intérêts d'Etats.

Derrière la portée très internationale du code de Colbert, se cache à n'en pas douter le désir politique, économique et militaire aussi, d'un contrôle exercé sur les étendues marines et sur les activités maritimes. Les législations dont se doteront les Etats, qui proliféreront dès les décennies suivant l'*Ordonnance de la Marine* – et qui s'inspireront certes d'elle et prétendront souvent se réduire à la rédaction des dispositions coutumières observées précédemment par chacun – chercheront à servir, en vérité, les intérêts rivaux des nations maritimes⁹⁶⁴. Il n'est pas besoin de souligner que l'apparition de diversités chargées d'antagonismes discrets sème ainsi, progressivement, des ferments de désordre et de complexités, de divisions, d'éclatements relatifs du droit maritime.

Le désordre évident dont on parle aujourd'hui se mesure à l'aune de cette unité perdue, qui eût pourtant servi les ambitions de l'actuel *village planétaire* et qui, pour l'heure au moins, n'a pas été retrouvée.

Ce n'est pas, pourtant, que le désir en ait fait défaut ni que les tentatives aient manqué. Mais l'unité sans doute imparfaite des temps que nous évoquions, qui n'était pleinement réalisée que dans des bassins d'activité relativement cloisonnés (la façade atlantique de l'Europe ou, d'autre côté, les ports de la Méditerranée) présentait l'avantage important d'être à l'origine une unité *consensuelle* et, de quelque façon, spontanée. Cette unité naissait de la coutume et du contact, élaborée sur le terrain par les gens de mer, les problèmes et les

⁹⁶³ Scapel C. *Droit maritime*, op. cit. p. 608.

⁹⁶⁴ Ainsi que nous l'avons déjà signalé suivant en cela le Doyen Rodière, un rapprochement très net opéré par les révolutionnaires, en France, entre la marine de guerre et la marine marchande, illustre assez bien ce surgissement de l'intérêt national dans les échanges commerciaux maritimes.

solutions des gens de mer, hommes en vérité différents mais l'un à l'autre ouverts et rendus voisins par le côtoiement des mêmes dangers. Le droit maritime est à l'origine un droit *senti*, vécu, voulu, porté par une attente vitale.

Or l'unité que l'on cherche à retrouver depuis le siècle précédent ne peut compter sur ces atouts. L'unité que l'on cherche – et quelle que soit l'authenticité, la volonté d'aboutir et l'ambition de ceux qui se réunissent pour chercher – ne serait qu'une unité *négociée* combinant, dans l'éloignement des réalités vécues d'antan, les ambitions de la stratégie, la rugosité des intérêts divergents, les subtilités du calcul politique et, bien entendu les pressions qui, parfois, sont fortement exercées. L'une des *maladies du droit*, général et maritime, est d'être ouvertement, malgré le grand mot de *démocratie*, conçu comme en retrait des gens. Ce n'est plus guère un droit vécu. Si le droit maritime que nous connaissons devait mourir, il mourrait d'avoir manqué de vie.

Ce n'est pas que la volonté – la *bonne volonté*, dira-t-on – nous paraisse manquer. Mais, l'adage le soutient, *l'enfer est pavé de bonnes intentions*. Le désordre, en partie tout au moins, s'est nourri des efforts que l'on consentait pour le réduire. Il n'est nul besoin de rappeler que le droit maritime international, à l'image de toute forme internationale du droit, repose sur des conventions par lesquelles les Etats choisissent ou non de se lier, qui ne prennent vigueur qu'au terme de leur suffisante ratification. Donc on fit des conventions pour résorber le désordre et c'est un désordre augmenté qui survint.

B. La multiplicité des conventions internationales.

Ce n'est pas la *bonne volonté* qui fit défaut lors de la signature de la Convention pour l'unification de certaines règles en matière de connaissements du 24 août 1924⁹⁶⁵ qui sert encore aujourd'hui de large référence « *Le commerce maritime mondial a, plus que jamais, besoin d'une unité de normes. C'était le but visé, au début du XXe siècle, par la mise en place d'une convention à visée universelle déterminant un régime substantiel unique, la Convention de Bruxelles de 1924.* »⁹⁶⁶ Des ambitions de ce texte on pourrait déclarer qu'elles sont celles, universelles, indispensables, irremplaçables, du droit : rétablir ou établir des équilibres. Elles sont aussi de concourir à l'indispensable unité du droit maritime. Les Professeurs Jacquet,

⁹⁶⁵ La Convention de Bruxelles, déjà citée, est l'œuvre du *Comité Maritime International* (CMI) organisme de droit privé dont on sait qu'il fut créé en Belgique, composé de spécialistes plurinationaux, professionnels de la mer et juristes et qu'il fut relayé par le gouvernement belge auprès des Etats jusqu'à la consécration de l'OMI, organisme des Nations-Unies en 1967. S'agissant de la *Convention de Bruxelles*, le Doyen Ripert a participé aux travaux).

⁹⁶⁶ Scapel C. *Droit maritime*, op. cit. p. 608.

Delebecque et Corneloup rappellent à cet effet que « *La plupart des transports maritimes internationaux sont régis par la Convention de Bruxelles (25 août 1924) pour 'l'unification de certaines règles en matière de connaissance'*.⁹⁶⁷ » Ce n'est pas mince affaire et les mêmes auteurs, à ce propos, tiennent à rappeler la place occupée par le transport maritime au sein de l'économie planétaire. « *Inutile de souligner l'importance des transports maritimes dans le commerce extérieur : plus de 80% des échanges internationaux se font par voie maritime ; quant au fret maritime, il a triplé en trente ans, pour atteindre aujourd'hui plus de six milliards de tonnes*⁹⁶⁸ ». Que l'élaboration de cette *Convention de Bruxelles* ait été guidée par ce que nous avons appelé la *bonne volonté* ne saurait légitimement se contester. « *Le texte a été adopté en réaction contre certaines pratiques des transporteurs (dont de larges clauses d'exonération de responsabilités) à l'encontre des chargeurs, comme l'avait fait quelques années plus tôt la loi américaine (Harter Act de 1893). Il illustre le souci d'uniformisation de la communauté maritime*⁹⁶⁹ ». On sait par ailleurs qu'au fil du temps la *Convention de Bruxelles* a été ratifiée par l'ensemble des grandes nations maritimes. Au-delà de ceci, cette convention s'applique également, par disposition contractuelle, à chaque fois que la clause *paramount* est évoquée. Dans le cadre d'un contrat de transport, cette clause est celle qui a pour objet de « [...] soumettre le contrat à la *Convention de Bruxelles* du 25 août 1924, alors que celle-ci ne serait pas normalement applicable. Cette faculté est reconnue par la convention elle-même ». De même dans le cas d'un affrètement au voyage, la clause *Paramount* aura pour conséquence de « [...] soumettre le contrat d'affrètement aux règles du transport, par le renvoi conventionnel aux dispositions de la *Convention de Bruxelles* du 25 août 1924 »⁹⁷⁰

Il reste que l'instabilité des époques engendre, un peu par nécessité, l'instabilité du droit, que les décalages qui finissent par apparaître, entre les textes et les temps, conduit à réviser les textes - et que cette obligation, par un effet pervers, entretient le *désordre* au sein du droit maritime international. En effet celui-ci, du fait de son caractère international, ne peut tirer sa vigueur que du consentement des Etats, des conventions qui sont signées puis ratifiées mais qui, parfois, ... ne le sont pas. Tel Etat juge bon d'adhérer, l'autre non. De telle façon que la diversité des adhésions génère, à la surface des mers, une vraie diversité de la règle observée, que « *la rigidité du système conventionnel international qui ne repose que sur l'adhésion spontanée d'Etats souverains [crée] petit à petit, une véritable mosaïque de textes*

⁹⁶⁷ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 418

⁹⁶⁸ Ibid.

⁹⁶⁹ Ibidem

⁹⁷⁰ Le Bayon, A., dictionnaire de droit maritime, op. cit., 185

*instituant autant de régimes subtilement différents les uns des autres, et dont la combinaison pourrait bien, dans l'avenir, devenir presque inextricable si un consensus nouveau n'était pas réalisé. A court terme, l'avenir est porteur de conflits de conventions internationales, conflits plus difficiles encore à trancher que les conflits de lois.*⁹⁷¹ » La convention signée puis ratifiée fait au demeurant la loi, sur le plan des relations internationales encore plus qu'ailleurs, entre les contractants.

Le phénomène vaut, non seulement pour la multiplicité des conventions mais, par force de nécessité, pour les modifications qui viennent affecter les textes en vigueur et dont l'adoption relève en pareille façon de la libre volonté des Etats.

La *Convention de Bruxelles* a successivement traversé les profonds bouleversements de l'économie, notamment monétaires, engendrés par la crise économique de 1929, l'embrasement sans précédent de la deuxième guerre mondiale, écrasant par exemple sous les bombardements de très nombreuses installations portuaires, et l'apparition d'un ordre international nouveau consécutif à la décolonisation : les nouvelles nations indépendantes estimant notamment que ladite *Convention* servait trop manifestement les pays de transporteurs du Nord. Elle a connu, cette *Convention de Bruxelles*, à la fois les Trente Glorieuses et leur essoufflement final, et puis les chocs pétroliers que nul n'avait su prévoir. Au moment de sa conception, le transport par conteneurs n'existait pas. Puis le conteneur a surgi, modifiant fondamentalement le transport maritime. La limitation de responsabilité des transporteurs par exemple était fixée, pour une somme forfaitaire occasionnellement révisée, par pièce ou par colis : toutes notions que la survenue du conteneur rendit incertaines. On a donc pensé qu'il convenait d'aménager cette *Convention de Bruxelles* au moins sur certains points de détail.

Le premier protocole est celui de 1968, connu par un usage courant sous l'appellation de *Règles de Visby*⁹⁷². Ce protocole a pour seule ambition d'aménager, de préciser, de modifier le texte initial sur des points de détail afin d'opérer les ajustements devenus nécessaires, et loin de remettre en cause une *Convention* qui avait fait ses preuves, il intervient comme une simple et salutaire opération de ravalement. C'est ainsi qu'il dissipe les ambiguïtés : la *Convention de Bruxelles* est une convention classique internationale : à ce titre elle s'applique aux transports internationaux mais pas, par exemple, au transport maritime

⁹⁷¹ Scapel C. *Droit maritime*, op. cit. p. 608.

⁹⁷² Ville médiévale de Suède et dont les encyclopédies signalent à l'envi l'attrait touristique et le charme architectural, Visby se réserve une place à part dans l'histoire du droit maritime. Y furent adoptées les *Lois de Visby* dans la fin du moyen-âge : une adaptation des *Rôles d'Oléron* qui consacrait, en fait, l'international intérêt de ce texte. Les *Lois de Visby*, bien évidemment n'ont, avec les *Règles de Visby*, protocole modificatif de la *Convention de Bruxelles*, que des rapports très distants.

entre deux ports français ; divers points sont clarifiés notamment des dispositions qui avaient fait l'objet de divergences d'interprétation par les juges nationaux. La *responsabilité de plein droit* du transporteur, implicitement stipulée dans le texte de 1924⁹⁷³ est ainsi précisée mais les exonérations touchant cette responsabilité sont, dans la recherche d'un équilibre entre les intérêts des chargeurs et ceux des transporteurs, significativement étendues. A la limitation de responsabilité des transporteurs par pièce ou par colis, rendue potentiellement caduque en raison de l'invention du conteneur, les *Lois de Visby* substituent la notion de poids – peut-être serait-il plus exact d'affirmer qu'elles l'ajoutent – précisant qu' « *A moins que la nature et la valeur des marchandises n'aient été déclarées par le chargeur avant leur embarquement et que cette déclaration ait été insérée dans le connaissement, le transporteur, comme le navire, ne seront en aucun cas responsables des pertes ou dommages des marchandises ou concernant celles-ci pour une somme supérieure à 666,67 unités de compte par colis ou unité, ou 2 unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable.*⁹⁷⁴ » Ce protocole, en vérité, n'a pas reçu l'accueil qu'il espérait. Il ne s'est trouvé ratifié que par un tiers environ des Etats qui avaient adhéré à la Convention de 1924 ce qui, lors de son entrée en vigueur en juin 1977, faisait exister concurremment deux versions du même texte avec, nous l'avons dit, des effets de désordre et d'hésitations.

C'est en 1977 également, peu de semaines après son entrée en vigueur, que France a ratifié ce Protocole. Or deux ans plus tard, un second protocole apparaissait nécessaire en raison principalement de modifications très significatives intervenues dans le système monétaire international.⁹⁷⁵ Le Protocole de 1979 remplace ainsi toute référence à l'étalon or (comme au franc Poincaré du Protocole de 1968) par une référence aux *droits de tirage spéciaux* (DTS). Ce second protocole, au total, n'a été ratifié que par une vingtaine d'Etats

⁹⁷³ A ce sujet voir Scapel C. *Droit maritime*, op. cit. p. 722.

⁹⁷⁴ Article IV, alinéa 5, paragraphe a.

⁹⁷⁵ En 1944, la Conférence de Bretton Woods avait créé le Fond monétaire international (FMI) chargé de superviser l'équilibre des relations monétaires internationales. Elle organisait une parité fixe des monnaies par rapport au dollar, lui-même indexé sur l'or (à raison de 35 dollars l'once d'or fin). Les modifications de parités n'étaient possibles qu'avec l'autorisation du FMI qui, en échange de vigoureuses mesures de redressement, pouvait accorder des crédits exceptionnels : les Droits de tirage spéciaux ou DTS qui deviendront une sorte de monnaie artificielle internationale. Mais « *une forte spéculation contre le dollar se développa, à partir de la fin des années 1960, poussant les Etats-Unis à mettre fin à la convertibilité en or du dollar...* [Depuis la signature des accords de la Jamaïque en 1976], *les pays sont libérés d'adopter le régime de change de leur choix. Les Etats-Unis, le Japon, le Canada ou la Suisse ont choisi de laisser flotter leur monnaie. D'autres pays ont préféré établir le taux de change de leur monnaie par référence à la monnaie de leur principal partenaire commercial.* » On peut juger que le Système monétaire européen (SME) est à l'origine de l'euro. Les informations ci-dessus sont, pour l'essentiel, empruntées de l'*Encyclopédie Encarta* 2006, article *Système monétaire international (SMI)*.

dont, assez tardivement, la France. Il intervient donc comme une référence de plus et, pour finir, un élément de la complexité.

Ni la Convention de 1924 ni les modifications portées par les deux protocoles successifs n'ont séduit, notamment, les Etats nouvellement indépendants que les aménagements consentis pensaient cependant contenter. « *Ces aménagements sont cependant secondaires et les textes restent plutôt protecteurs des intérêts des pays d'armateurs. Ce qui a provoqué, sous la pression des Etats en développement, l'intervention des Nations unies. Les travaux de la CNUCED et surtout de la CNUDCI ont débouché sur l'adoption d'une nouvelle convention : les Règles de Hambourg.* »⁹⁷⁶

Ces *Règles de Hambourg*, sur lesquelles on avait fondé de grandes espérances et qui furent adoptées le 31 mars 1978, sont en fait antérieures de quelques trimestres au deuxième Protocole à la *Convention de Bruxelles* de décembre 1979. Ces *Règles de Hambourg*, qui avaient pour ambition de remplacer ladite *Convention de Bruxelles* ont à leur tour reçu l'accueil le plus réservé du monde de la mer. Augmentant significativement la responsabilité du transporteur et favorables, à leur tour, aux pays que l'on appelait *du tiers monde*, elles ne seront ratifiées par aucun grand pays maritime et l'Autriche est le seul pays *du nord* à conforter la trentaine de ratifications provenant de *pays du sud*. Au terme de quoi, *les Règles de Hambourg*, entrées en application dans un champ limité le 1^{er} novembre 1992, soit quatorze ans après leur adoption, sont à regarder comme un échec. « *En France, une loi de 1981 a autorisé l'approbation de la convention, mais celle-ci n'est envisagée que dans le cadre d'une position concertée avec les partenaires européens, lesquels ne sont pas tous favorables au nouveau texte. Il en a résulté un grand désordre.* »⁹⁷⁷

Si l'échec des *Règles de Hambourg* est indiscutable au plan général, elles ont connu sur le plan régional de l'Afrique subsaharienne ou méditerranéenne un succès très net et qui ne permet pas de les négliger. La France, entre autres, entretient des relations historiques avec un certain nombre des pays concernés ce qui expose automatiquement les juridictions françaises à connaître de délicates questions de conflits de conventions.

L'insuffisance ou l'inefficience engendrent en toute nécessité de nouvelles quêtes. « *Dès 1996, la CNUDCI* »⁹⁷⁸, *consciente de l'échec des Règles de Hambourg, a engagé un*

⁹⁷⁶ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 419.

⁹⁷⁷ Ibid

⁹⁷⁸ Ainsi que le fait apparaître le site de la Cour permanente d'arbitrage à la Haye) « *Les États membres de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) représentent les différents systèmes juridiques, économiques et sociaux et les diverses régions géographiques du monde.* » L'organisation juridique des transports maritimes est donc un terrain de rencontre entre la CNUDCI d'une part et de l'autre la CNUCED,

travail de concertation avec le CMI⁹⁷⁹ et un certain nombre d'organismes professionnels pour étudier un nouveau texte. Un groupe de travail a été constitué, dont était membre le professeur Philippe Delebecque.⁹⁸⁰ » Le texte qui en est sorti, la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, a le mérite ou tout au moins l'originalité de se situer, comme son nom permet de l'apercevoir, dans la perspective d'un transport multimodal. Il est novateur et se veut consensuel, élargissant sur certains points le champ de la liberté contractuelle. « Il s'attarde, ce qui est très heureux, sur le contenu du contrat, sur les obligations des parties, sur l'obligation de livraison, sur la responsabilité du chargeur, sur le droit de contrôle. Sur de nombreux points, il modernise le droit existant et réalise un équilibre relativement satisfaisant, bien que compliqué, entre les intérêts des armateurs et ceux du chargeur.⁹⁸¹ » Ce texte, à la suggestion de l'Assemblée générale des Nations Unies, est connu sous le nom de Règles de Rotterdam où s'est tenue la cérémonie de signature en septembre 2009. Vingt ratifications devront être recueillies pour que ce texte entre en vigueur. Est-ce un pas décisif ? Il est agréable de l'espérer tant le transport maritime a besoin d'unification juridique ; on ne doit cependant pas s'attendre à de très rapides aboutissements. « Plusieurs années seront certainement nécessaires pour que le texte nouveau entre en vigueur à une échelle significative (...) dans l'attente de l'entrée en vigueur de la nouvelle convention, le désordre mondial perdure.⁹⁸² » Or cet émiettement s'accompagne, et se complique à l'envi, d'une autre cause de désordre : les ajustements très approximatifs entre le droit maritime international et le droit maritime interne.

III. Droit maritime international et droit interne des Etats.

C'est un autre volet du désir de prendre ou de garder le pouvoir sur le champ maritime en gardant le contrôle du droit ; quelque chose, au fond, comme un moyen discret de rester maître chez soi. Le droit maritime international offre plus de prise à cette velléité d'autonomie que le droit de l'Union européenne : on n'est pas contraint de ratifier ; par ailleurs, si l'on

Commission des Nations Unies pour le commerce et le développement, plus particulièrement préoccupée, cependant par l'essor des pays en voie de développement.

⁹⁷⁹ Nous savons le rôle essentiel joué par le CMI jusqu'en 1967. Comme les professeurs Jacquet, Delebecque et Corneloup l'écrivent « *L'OMI (Organisation maritime internationale, structure des N.U.) l'a quelque peu supplanté dans l'initiative des textes. Le CMI conserve cependant une forte influence dans le monde maritime.* », *Droit du commerce international*, op. cit., p.419

⁹⁸⁰ Scapel C. *Droit maritime*, op. cit. p. 607.

⁹⁸¹ Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit., p. 420.

⁹⁸² Scapel C. *Droit maritime*, op. cit. p. 608.

ratifie, la faculté d'une ultérieure dénonciation reste offerte. Il existe en fait deux possibilités pour les Etats souhaitant conserver à leur droit interne toute ses spécificités et originalités.

Ils peuvent s'en abstenir afin de n'être lié que par cette loi interne. Au risque cependant de devoir subir, dans ses échanges commerciaux, des embarras et des préjudices (A). Ils peuvent aussi, après s'être liés, intégrer le texte international dans leur droit interne mais en le revisitant, en le marquant de leur touche propre et de telle façon que les retouches apportées prennent en compte les préférences et les intérêts nationaux (B).

Ces deux approches sont courantes et contribuent de comparables manières à grossir la diversité du droit maritime à l'échelle de la planète, une diversité que réduirait *a contrario* la transcription régulière et fidèle. Nous distinguerons l'une après l'autre ces deux options, prenant dans les deux cas, par commodité, le cas de la France en exemple.

A. La volonté de tenir le texte international à l'écart.

Le refus de ratifier dérive, en bonne logique, du refus de reconnaître ou de prendre en compte une convention de droit maritime international, ou tel ou tel protocole.

C'est ainsi que la Convention des Nations-Unies sur le Transport Multimodal International de Marchandises du 24 mai 1980, dont nous avons parlé, convention conçue par la CNUCED, ne pouvait compter, bien des années après, que cinq Etats parties⁹⁸³. Une autre convention de la CNUCED, la *Convention des Nations-Unies sur les conditions d'immatriculation des navires* du 7 février 1986, se contentait, six ans après son adoption, d'une seule ratification⁹⁸⁴.

L'action de la France, que nous prendrons pour exemple ici, ne fut pas à l'origine, marquée par cette attitude de repli. « *A la date d'aujourd'hui, [écrit le professeur Ndende]⁹⁸⁵, sur les trente et une Conventions et Protocoles de droit maritime privé actuellement en vigueur dans le monde, vingt-cinq ont été ratifiés ou acceptés par le France par voie d'adhésion, d'approbation ou d'accession. C'est un chiffre exceptionnellement éloquent qui traduit, en effet, l'engagement et la politique volontariste du pays.* » Une attitude de bonne volonté, donc, de collaboration, d'ouverture, à l'opposé de ce que le Professeur Vialard appelle « *un chauvinisme juridique national*⁹⁸⁶ » et par laquelle il est probable – et sans doute

⁹⁸³ Ce chiffre est donné par l'ouvrage de Martine Rémond-Gouilloud, *Droit maritime*, op. cit., p.346, datant de 1993. On sait cependant que, s'agissant de cette convention, la tendance ne s'est pas inversée.

⁹⁸⁴ Ibid

⁹⁸⁵ Ndende M., *La position du droit français au regard des conventions internationales de droit maritime privé*, DMF 2006.676

⁹⁸⁶ Vialard A., *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, DMF 1999.591

évident - que la France a voulu défendre, au plan de l'international, son rang de grande puissance maritime. « *Pendant longtemps, la France est apparue comme un pays particulièrement attiré par la nécessité de l'unification du droit maritime. Rares sont les conventions que, dans la première moitié du siècle, la France n'a pas ratifiées. De ce point de vue, on peut même considérer notre pays comme ayant été, à cette époque, l'un des tout meilleurs élèves de la classe internationale* ⁹⁸⁷ ».

En dépit de ceci, la France aussi s'est, à petits pas, comme à regrets, dirigée vers une attitude indiscutablement plus réservée, devenue commune, où que le Professeur William Tetley croit voir une « *nouvelle vague nationaliste* ⁹⁸⁸. »

Le revirement d'attitude de la France ⁹⁸⁹, au demeurant, n'est pas véritablement récent ni à mettre en rapport avec l'émergence des organismes internationaux dans la production du droit maritime international. On distingue déjà des réticences inattendues dans l'adoption des ultimes conventions du CMI comme la *Convention de Bruxelles du 29 avril 1961 pour l'unification de certaines règles en matière de transport de passagers par mer*, convention que la France, ensuite, a dénoncée ⁹⁹⁰. Le tableau, portant l'état des ratifications par la France des conventions internationales de droit maritime privé, dressé par le Professeur Ndende ⁹⁹¹, met en immédiate clarté le revirement français. Depuis 1961, date de la convention précitée, la France a fait preuve d'une avarice soudaine en matière de ratifications. Sur la trentaine de conventions de droit maritime adoptées depuis cette date, un très petit nombre a bénéficié de cette faveur. En l'occurrence, il s'agit :

- De la *Convention relative à la Responsabilité Civile dans le domaine du transport maritime de matières nucléaires* du 17 décembre 1971, ratifiée par la France le 2 février 1973.

- De la *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (CLC 1969)* du 29 novembre 1969. La France l'a ratifiée le 17 mars 1975 mais dénoncée le 15 mai 1998.

⁹⁸⁷ Ibid.

⁹⁸⁸ Tetley W., *Le Régime juridique du transport des marchandises par eau : l'uniformisation du droit en péril*, ADMO 1998, p. 98.

⁹⁸⁹ On pourra par exemple relever que la France n'a pas ratifié – mais seulement rejoint par adhésion le 20 juillet 2001, cinq ans après son entrée en vigueur et vingt-deux ans après son adoption, la *Convention de Londres du 28 avril 1989 sur l'assistance* et qu'elle a choisi de s'en tenir dans l'intervalle à la *Convention de Bruxelles du 23 septembre 1910 pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance maritime*, alors qu'elle-même à la suite de la catastrophe de l'Amoco-Cadiz en 1978 avait signalé l'obsolescence de cette Convention de Bruxelles.

⁹⁹⁰ Ratification le 4 mars 1965 et dénonciation le 3 juillet 1975.

⁹⁹¹ Voir Ndende, *La position du droit français au regard des conventions internationales de droit maritime privé*, annexes.

- Du *Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance* (« Règles de Visby ») du 23 février 1968, ratifié par la France le 10 juillet 1977.

- De la *Convention relative à un code de conduite des conférences maritimes* du 6 avril 1974, ratifiée par la France le 25 septembre 1985 (en respectant comme nous l'avons vu les termes de la réserve communautaire).

- Du *Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance telle qu'amendée par le Protocole de modification de modification du 23 février 1968* (« Protocole DTS » du 21 décembre 1979, deuxième amendement de la Convention de Bruxelles de 1924), ratifié par la France le 18 novembre 1986.

- Du *Protocole de 2003 modifiant la Convention internationale de 1971/1992 portant création d'un fonds d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures* du 16 mai 2003. Ce protocole a été ratifié par la France le 16 juin 2005.

C'est mieux que rien mais on pourra penser que c'est peu, que la France est tout à coup plus frileuse et qu'elle est comme en retrait par rapport au dynamisme auparavant mis en œuvre : il semblerait que, dans les domaines où « *existe une convention internationale nouvelle, la France reste volontairement à l'écart des nouveautés, préférant s'en tenir aux recettes expérimentées ou préférant ne participer à aucune des conventions existantes* »⁹⁹² écrit le Professeur Vialard. Pourtant, s'agissant de *participation*, le propos pourrait mériter quelque sensible atténuation. La participation, l'accompagnement, le soutien manifesté, peuvent en effet prendre d'autres voies que la solennelle ratification. La convention que l'on n'a pas ratifiée peut se rejoindre au moyen de procédures comme l'adhésion, l'approbation, l'accession, dont les résultats sont *in fine* très semblables en dépit d'un esprit de plus sensible retenue. Faute de pouvoir revendiquer la synonymie, ces termes sont assez proches⁹⁹³.

⁹⁹² Vialard A., *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit.

⁹⁹³ La synonymie entre certains de ces termes est admise, au moins tacitement, par certains ouvrages de terminologie du droit. C'est ainsi que le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, sous la direction du Doyen Cornu définit *l'approbation*, en tant que terme de droit international comme étant le « *consentement d'un Etat ou d'une organisation internationale à être lié par un traité* ». Notre sentiment c'est que cette définition, qui est bien entendu fort juste, pourrait assez bien convenir à chacun des termes ci-dessus. Certains ouvrages entreprennent de les distinguer. Nous conviendrons donc qu'en droit international, ces termes peuvent se distinguer comme suit :

- Ratification : « approbation solennelle d'une convention internationale par le chef de l'État ou par l'organe parlementaire qui se traduit par l'échange des lettres de ratification avec l'autre partie (traité bilatéral) ou bien par le dépôt de l'acte de ratification devant une institution dépositaire (traité multilatéral), in *dictionnaire du vocabulaire juridique* (sous la dir.) de Cabrillac R., op. cit., p. 336

Toujours est-il que, pendant la période considérée, la France a rejoint nombre de conventions maritimes internationales, non ratifiées par elle, en usant de l'un de ces instruments. Ce sera notamment le cas des textes suivants, pris au nombre de six à sept exemples possibles :

- Le *Protocole à la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, du 19 novembre 1976, entré en vigueur le 8 avril 1981. La France a reconnu ce protocole par *approbation* le 7 novembre 1980, lequel protocole amende la convention (CLC 1969) du 29 novembre 1969.

- Le *Protocole à la Convention internationale portant création d'un Fonds International d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, également daté du 19 novembre 1976, entré en vigueur le 22 novembre 1994. La France a reconnu ce protocole par *accession* le 7 novembre 1980.

- La *Convention internationale sur l'Assistance (Assistance 1989)* du 28 avril 1989, entrée en vigueur le 14 juillet 1996. La France a reconnu cette convention par *adhésion* le 20 juillet 2001.

Tout ceci, cependant, reste réduit ne représentant qu'une participation très diminuée de la France à l'établissement d'un droit maritime international. « *Quoi qu'on dise, la France est encore une puissance maritime significative*, écrit le Professeur Vialard. *Mais on peut penser que cette volonté presque délibérée de se tenir à l'écart des mouvements qui animent l'évolution du droit maritime international ne peut servir, à long terme, l'image des armements français.* ⁹⁹⁴ »

B. Les retouches au moment de l'intégration⁹⁹⁵ du texte international en droit interne.

C'est la deuxième option d'autonomie qui s'offre aux Etats dans la relation réservée qu'ils organisent entre une convention maritime internationale et leur droit interne: une intégration dans leur droit interne de la convention à laquelle ils ont choisi de se lier, qui retouche en divers points le texte et de telle façon que soient pris en compte les préférences et les intérêts nationaux. « *La conjugaison des enjeux économiques et politiques, à la fois nationaux et internationaux, ainsi que les conflits d'intérêts qui en découlent souvent,*

-
- Adhésion : « *Procédure d'engagement conventionnel caractérisée par le fait que le consentement de l'Etat à être lié s'exprime postérieurement à l'entrée en vigueur du traité* » Ibid., p.17
 - Approbation : « *Mode d'expression du consentement de l'Etat à être lié par un traité déjà signé qui se distingue de la ratification par son caractère moins solennel et par le fait qu'elle émane d'un membre du gouvernement* » Ibid., p.31

⁹⁹⁴ Vialard A., *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit.

⁹⁹⁵ Rappelons qu'un Etat ayant ratifié une convention n'est pas contraint de modifier son droit interne. La Convention ratifiée et le droit interne peuvent parfaitement coexister et ne s'appliquer qu'aux situations les concernant respectivement.

*expliquent la fréquence des positions de prudence, d'attentisme, voire de rejet, que les Etats peuvent manifester à l'égard de certaines conventions internationales.*⁹⁹⁶ ».

Sans doute est-il souhaitable cependant de ne pas toujours classer cet agissement dans la liste éventuellement fournie des perversités de la politique. Ecrire et faire vivre le droit sont des choses assez souvent malaisées. De telle façon que, pour *appliquer* tel texte venu d'ailleurs il est indispensable, à l'occasion, de l'*adapter*.

Au demeurant, le sensible recul critique imputable à l'intégration d'une convention dans le droit interne est loin d'être toujours un combat d'arrière-garde, et le contraire est parfois vrai : la transcription sensiblement distanciée peut avoir, sur la norme internationale à venir, l'effet positif de la doctrine ou de la jurisprudence en droit général et disposer qu'on aille de l'avant.

Il reste – et ce n'est ici qu'une observation – que le travail d'adaptation se ferait parfois maladroitement, notamment le travail d'alignement des textes nationaux préexistants sur le texte international. Le Professeur Remond-Gouilloud, s'agissant des services français, stigmatise en passant la méthode utilisée : « *chaque bureau concocte son texte du bout de sa lorgnette ou de son microscope. Puis le tout, alourdi jusque dans le moindre détail, est empilé sur le texte original, sans souci de cohérence. Il y a dans nombre de ces révisions piteuses matière à l'une de ces saines colères dont Rodière avait le secret.*⁹⁹⁷ »

Ainsi en fut-il de la loi du 9 avril 1936 qui était destinée à adapter notre droit interne à la convention du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance. Martine Remond-Gouilloud souligne à ce propos que « *bâtarde, elle s'écartait sur plusieurs points de la convention : en particulier l'incendie ne libérait pas le transporteur. Ces disparités ont causé de nombreux litiges inutiles* »⁹⁹⁸. De même cette loi de 1936 n'excluait pas le transport en pontée, ni le transport d'animaux vivants, à l'inverse de la convention internationale.

Autre exemple de différence entre un texte international et un texte interne ayant ambition d'adapter le droit international au droit interne, celui de la saisie conservatoire des navires. En effet, le droit interne français en matière de saisie conservatoire des navires se distingue du texte adopté au niveau international.

⁹⁹⁶ Ndende M., *La Position du droit français au regard des conventions internationales du droit maritime privé*, op. cit.

⁹⁹⁷ Rémond-Gouilloud Martine *Droit maritime*, op. cit., p. 35.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 293

- La première différence notable est en rapport avec la créance – ou plus exactement la *nature* de la créance - invocable au titre de la saisie conservatoire. En droit international, la Convention⁹⁹⁹ de Bruxelles du 10 mai 1952 relative à la saisie conservatoire des navires de mer, prévoit que la saisie n'est possible que si la créance est maritime. Elle énumère dix-sept créances maritimes dans son article 1er, 1^o.¹⁰⁰⁰ Mais l'article L.5114-22 du code des transports, qui a remplacé l'article 29 du décret du 27 octobre 1967¹⁰⁰¹, prévoit lui qu'en droit interne, le créancier, pour saisir conservatoirement un navire, doit seulement justifier d'une créance paraissant fondée dans son principe¹⁰⁰², alors même que ladite créance ne se rapporte pas à l'activité du navire.

- La seconde différence porte sur le navire objet de la saisie conservatoire. En droit interne, le navire faisant l'objet d'une saisie conservatoire, doit appartenir au débiteur¹⁰⁰³. Le créancier peut cependant saisir un navire autre que celui auquel se rapporte la créance. En droit international, la saisie conservatoire peut être effectuée sur un navire appartenant au

⁹⁹⁹ Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer du 10 mai 1952

¹⁰⁰⁰ En vertu de l'article 1^{er}, 1^o de la convention : « *Créance maritime signifie allégation d'un droit ou d'une créance ayant l'une des causes suivantes :*

- a- *Dommages causés par un navire soit par abordage, soit autrement*
- b- *Pertes de vies humaines ou dommages corporels causés par un navire ou provenant de l'exploitation d'un navire*
- c- *Assistance et sauvetage*
- d- *Contrats relatifs à l'utilisation ou la location d'un navire par charte partie ou autrement*
- e- *Contrats relatifs au transport des marchandises par un navire en vertu d'une charte partie, d'un connaissance ou autrement*
- f- *Pertes ou dommages aux marchandises et bagages transportés par un navire*
- g- *Avarie commune*
- h- *Prêt à la grosse*
- i- *Remorquage*
- j- *Pilotage*
- k- *fournitures, quel qu'en soit le lieu, de produits ou de matériel faites à un navire en vue de son exploitation ou de son entretien*
- l- *construction, réparations, équipement d'un navire ou frais de cale*
- m- *salaires des capitaines, officiers ou hommes d'équipage*
- n- *débours du capitaine et ceux effectués par les chargeurs, les affréteurs ou les agents pour le compte du navire ou de son propriétaire*
- o- *la propriété contestée d'un navire*
- p- *la copropriété contestée d'un navire ou sa possession, où son exploitation, ou les droits aux produits d'exploitation d'un navire en copropriété*
- q- *toute hypothèque maritime et tout mortgage »*

¹⁰⁰¹ Décret n°67-967 du 27 octobre 1967 relatif au statut des navires et autres bâtiments de mer, JORF du 4 novembre 1967 page 10836

¹⁰⁰² Le professeur Bonassies précise à ce sujet qu'« *empruntée au droit commun des mesures conservatoires, la notion de « créance paraissant fondée dans son principe » est difficile à préciser. Il est sûr que le créancier d'un armateur peut prétendre exercer une saisie conservatoire alors même qu'ils ne disposent d'aucun titre écrit, voir que sa créance n'est pas exigible. Pour le surplus, c'est aux tribunaux qu'il appartient, cas par cas, de déterminer si les droits du créancier paraissent avoir un fondement suffisant. Dans la pratique, il apparaît que les tribunaux accordent assez largement le droit d'exercer une saisie conservatoire »*, *Droit maritime*, op. cit., p. 411

¹⁰⁰³ Sur ce point voir Ndende M., *Droits maritimes*, op. cit.

créancier, mais également sur un navire affrété, pour une dette de l'affréteur à temps ou coque nue¹⁰⁰⁴.

La convention de 1952 s'appliquera à la saisie en France de « *tout navire battant pavillon d'un État contractant* »¹⁰⁰⁵ à la condition « *que la saisie comporte un élément d'extranéité* »¹⁰⁰⁶. La convention, aura également vocation à s'appliquer à la saisie d'un navire un battant pavillon d'un État non contractant « *Un navire battant pavillon d'un État non contractant peut être saisi dans l'un des Etats contractants, en vertu d'une des créances énumérées à l'article 1^{er}, ou de toute autre créance permettant la saisie d'après la loi de cet État* »¹⁰⁰⁷

Le professeur Bonassies relève à ce sujet que « *pour le créancier qui désire saisir en France le navire d'un État non contractant, le choix est simple : il doit fonder son action sur la convention de 1952. Il bénéficiera alors de la notion large adoptée par ce texte en matière de navire saisissable, mais il pourra aussi bénéficier de la notion très large admise par le droit français quant aux causes de saisie* »¹⁰⁰⁸ Ce qui présente un avantage non négligeable pour le créancier et ne sert pas les intérêts du non signataire.

Quoi qu'il en soit la tendance à renationaliser le droit maritime est loin d'être propre au droit français : il est en divers endroits manifeste et peut prendre diverses formes. William Tetley le pointe du doigt, déplorant, nous l'avons dit, *la nouvelle vague nationaliste* : « *Les codes maritimes de la République populaire de Chine et des pays nordiques, tout comme le projet de loi proposé par l'ADM des Etats-Unis et la nouvelle loi sur le transport des marchandises par mer de l'Australie, créent malheureusement, dans le domaine du transport maritime international, autant de nouveaux régimes juridiques à caractère divergent.* »¹⁰⁰⁹

Le phénomène est suffisamment détecté pour qu'on tâche, ici et là, d'en limiter les effets. S'agissant seulement de la transposition des conventions comme de leur interprétation, la *Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* de 1980 porte des recommandations dont le Professeur Vialard se fait l'écho. Cette convention dans son article 7 « *contient quelques préceptes quant à la nécessité de son interprétation « internationalisante », en recommandant de tenir compte de son « caractère international et*

¹⁰⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁰⁵ Article 8, 1 de la convention

¹⁰⁰⁶ Ndende M., *Droits maritimes*, op. cit., p.296

¹⁰⁰⁷ Article 8, 2 de la convention

¹⁰⁰⁸ Bonassies P., *Droit maritime*, op.cit., p.410

¹⁰⁰⁹ Tetley W., *Le Régime juridique du transport des marchandises par eau : l'uniformisation du droit en péril*, op. cit., p. 98.

*de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ». Certes l'efficacité pratique d'une pareille disposition ne doit pas être exagérée, mais le texte a au moins la vertu de rappeler à chaque juge national qu'il évolue dans un monde où le chauvinisme juridique doit être exclu.*¹⁰¹⁰ »

Le professeur Vialard vise ici un autre aspect du problème de la nationalisation des conventions internationales, ne tenant plus cette fois à la retranscription nationalisante de la convention internationale dans le droit interne, mais tenant à l'interprétation que peut en faire le juge interne.

Il n'est pas rare, en effet, que le juge interne interprète mal la Convention internationale, voire ne l'applique pas du tout. Observant le phénomène, le professeur Ndende souligne le « *difficile équilibre entre l'orthodoxie des conventions et les conceptions jurisprudentielles nationales* »¹⁰¹¹, pour illustrer son propos, le professeur Ndende ajoute qu'il y va ainsi « *de l'application fréquente, et assez discutable, de la loi française de 1966 à des transports internationaux, sans se soucier des conventions internationales ou des règles de conflit de lois* »¹⁰¹².

Nous pourrions nous même illustrer ce phénomène, en rappelant la solution retenue par la Cour d'appel de Poitiers¹⁰¹³, le 16 décembre 2003.

En l'espèce, un voilier britannique, le Sea Shuttle, et un catamaran français, le Canouan, se sont abordés en haute mer, au large du Portugal. L'auteur de l'abordage a ensuite porté assistance à l'autre navire et a par la suite tenté d'être rétribué pour cette assistance. La Cour d'appel de Poitiers a refusé que cette assistance soit rémunérée, en application de l'article 83 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande, qui dispose que le capitaine doit employer tous les moyens dont il dispose pour sauver du danger créé par l'abordage l'autre bâtiment, son équipage et ses passagers. Pour la Cour d'appel de Poitiers, cette assistance était une obligation légale et elle ne pouvait donc ouvrir droit à aucune indemnisation. Il semble assez naturel de réparer gratuitement le mal que l'on a commis. Pour autant, la solution a suscité la controverse car la convention de 1910, qui était celle applicable en l'espèce, et que le juge n'a pas appliquée, ne retient qu'un seul critère pour ouvrir droit à indemnisation de l'assistant : un résultat utile, ce qui fut le cas en l'espèce. La Convention de 1910, comme au demeurant la Convention de 1989 (article 18) sur l'assistance, maintiennent

¹⁰¹⁰ Vialard A., *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit.

¹⁰¹¹ Ndende M., *La Position du droit français au regard des conventions internationales du droit maritime privé*, op. cit.

¹⁰¹² Ibid.

¹⁰¹³ CA Poitiers, 16 décembre 2003, DMF 2004, p. 699

dans ce cas le droit pour l'assistant d'être rémunéré, l'indemnité s'en trouvant juste réduite. A notre sens, non seulement la solution du juge de Poitiers mérite la critique, mais au surplus est dangereuse pour le droit maritime.

Le professeur Vialard dresse le constat suivant sensiblement désabusé sur les usages français tels qu'ils sont devenus : « *Très en retrait dans la ratification des conventions nouvelles, la France est à la pointe de l'interprétation renationalisante des conventions internationales qu'elle a ratifiées, même s'il semble que la Cour de cassation ait actuellement la volonté apparente de mettre un terme à ces dérives fantaisistes.* ¹⁰¹⁴ »

Le Professeur Ndende, sans humour (autant qu'il semble), avec une indulgence sereine et par le moyen d'une subtile et vigoureuse antithèse exprime en deux mots sa pensée, considérant que l'histoire du droit international relève en tout d'un *humanisme calculé* : sans doute est-ce un jugement généreux, qui n'est pas celui de Candide et qui s'efforce cependant de ne pas grossir le trait. « *Tout le problème de notre sujet, c'est que les conventions internationales sont des mariages d'Etats très peu gouvernés par les sentiments ou par les rêveries philosophiques. On le sait, les nations n'ont pas vraiment d'amis et n'ont surtout que des intérêts.* ¹⁰¹⁵ »

On se convaincra sans mal que cette situation de désordre est un riche terreau pour les situations embrouillées qui sont, à leur tour, pour les conventions internationales du droit maritime, une véritable occasion d'éreintements, de conflits.

Section 2. Les conflits de conventions internationales.

Le propre des conventions internationales est qu'elles naissent sur un terrain de diversités qui est favorable aux conflits (I). Les conflits de conventions sont, dans notre temps changeant, souvent imputables à des désirs de mise à jour (II). Ces conflits de conventions naissent aussi toutefois de rivalités évidentes entre législateurs (III).

I. Un terrain de diversités favorable aux conflits.

Le monde est divers. Il l'est du point de vue du droit : la chose n'est pas neuve. Il reste qu'à l'échelle internationale, il n'existe pas d'autorités de régulation : pas de jurisprudence, en quelque sorte, qui puisse conduire à l'uniformité des interprétations (A). La diversité, virtuellement conflictuelle, est aussi celle des pôles moteurs, une diversité des intérêts comme

¹⁰¹⁴ Vialard A., *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit.

¹⁰¹⁵ Ndende M., *La position du droit français au regard des conventions internationales de droit maritime privé*, op. cit.

des énergies (B). Mais il se pourrait qu'en tout ceci le facteur le plus déterminant soit à chercher dans les particularités de la « loi » internationale (C).

A. L'absence d'autorités de régulation.

Les conflits, dans ce contexte entretenu de désordre, auront beau jeu de surgir et d'autant plus aisément qu'il n'y a pas, à l'international, d'autorité supérieure ayant un pouvoir régulateur (pas de pyramide ici, dirait-on, si l'on ne craignait de trop égratigner Kelsen) qui puisse tout rassembler sous l'autorité d'une même rigueur. Par exemple, il est indéniable que le droit romain d'une part, et de l'autre le Common Law, relèvent de compréhensions juridiques antagonistes. Ira-t-on vers l'effacement d'un système au profit de l'autre ? In vraisemblable en raison de séculaires attachements. Ne dit-on pas que l'échec des Règles de Hambourg s'explique *aussi* par des raisons de forme : alors que la Convention de Bruxelles de 1924, inspirée d'un contrat-type anglais, reste imprégnée de l'esprit du Common Law, les Règles de Hambourg, ayant en elles la marque du droit latin voire du droit français, n'auraient pas séduit l'attention de certains¹⁰¹⁶ ? Va-t-on vers une coexistence harmonieuse, une sorte de rencontre *fusionnelle* entre l'esprit du Common Law, ses procédures, et l'esprit, les procédures d'un droit écrit ? Ce qui serait un modèle pour l'avenir ? Pourquoi ne pas le souhaiter ? Par ailleurs, s'agissant du droit légiféré, nul mécanisme n'a pouvoir, à l'international, d'unifier l'interprétation des textes. Dans ces conditions, les conflits surgissent et perdurent.

Ils sont entretenus par la diversité des pôles moteurs.

B. La diversité des pôles moteurs

Sans doute pourrait-on juger qu'à l'opposé de la situation d'antan le droit maritime est aujourd'hui conduit par une grande diversité d'intérêts et d'énergies.

¹⁰¹⁶ William Tetley, notamment, in *Le Régime juridique du transport des marchandises par eau : l'uniformisation du droit en péril*, op. cit., p. 99, développe ce point de vue : « Les Règles de la Haye / Visby (nom très improprement donné à la Convention de Bruxelles de 1924 et notamment consacré dans les milieux anglophones) sont fortement empreintes de la mentalité de la common law, tandis que les Règles de Hambourg sont d'inspiration très « civiliste ». Les différents modes d'expression législative des pays de droit civil et des pays de common law engendrent parfois le malentendu. Les tenants du régime de la Haye / Visby résistent, consciemment ou inconsciemment, au style typiquement « civiliste » de rédaction des Règles de Hambourg. Pour leur part, les partisans du régime de Hambourg s'objectent souvent au style foncièrement « common law » de rédaction des Règles de la Haye / Visby ». On pourra noter cependant que la France, un pays « civiliste », n'a pas non plus ratifié les Règles de Hambourg et qu'elle a ratifié la Convention de Bruxelles de 1924 ainsi que ses deux protocoles. Et d'autres nations de droit légiféré sont dans ce cas. L'observation du Professeur Tetley – simple élément du dossier de Hambourg – illustre en tout cas l'enracinement des traditions juridiques.

Chacun reconnaît volontiers, nous l'avons déjà souligné, que le vieux droit maritime était, de façon très large, international et que cette internationalité traduisait sa large uniformité. Ce droit-là, né des usages et de la force des jours, engrangeait les menues diversités mais aussi les hautes similitudes entre la mer et la mer, entre l'homme et l'homme. Il était fait de rencontres : entre l'homme et la mer, entre les hommes de la mer et d'autres hommes de la mer. Il s'était largement forgé dans les clartés que donne l'expérience et portait les sagesses de la coutume. Il suffisait à réguler des ambitions modestes où les politiques d'Etats n'avaient que de modestes parts. Or – certains constats tirant leur force de leur banalité – le monde a beaucoup changé. Certaines uniformités qui se satisfaisaient du bon sens sont profondément chahutées par de vrais conflits d'intérêts.

Pour autant, perdant son uniformité, le droit maritime a peut-être perdu son bien, tâchant en vain de le retrouver. « *Cette unification (...) déclarait le Professeur Vialard dans la dernière année du siècle ancien, paraît à tous comme un idéal souhaitable pour procurer au mode maritime la sécurité juridique dont il a besoin, en quelque lieu que se déroulent les activités humaines en mer.* ¹⁰¹⁷ »

Dans la mesure où le droit maritime est international, il est peu souhaitable en effet qu'il soit commandé par cette autorité des frontières égratignée par Pascal lorsqu'il déplorait, parlant du droit général que la « *vérité en-deçà des Pyrénées* » soit « *erreur au-delà* ¹⁰¹⁸ ». Toutes les grandes voix du droit maritime français portent ce désir d'entente et d'unité. Ces voix se font entendre au loin pour y réveiller des échos. Le Professeur Ndende le souligne : « *Il est justement symptomatique de constater que cette dynamique universelle doit beaucoup au rôle moteur joué aux premières heures par les juristes français et belges, c'est-à-dire par le monde francophone.* ¹⁰¹⁹ » Le Doyen Rodière le faisait déjà valoir, il y a de cela bien des décennies : « *Le droit maritime, qui informe et ordonne du point de vue juridique, tout le monde de la mer, possède pour les Français, une vocation naturelle à s'établir sur le plan international.* ¹⁰²⁰ » Cette idée de disposition logique était complétée, dans sa pensée, par une idée d'obligation : « *La multiplicité des relations internationales a transformé cette aptitude en nécessité.* ¹⁰²¹ »

¹⁰¹⁷ Vialard A., *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op.cit.

¹⁰¹⁸ Blaise Pascal, *Les Pensées*

¹⁰¹⁹ Ndende M., *La Position du droit français au regard des conventions internationales du droit maritime privé*, op.cit.

¹⁰²⁰ Rodière R., *Traité général de Droit maritime – Introduction – L'armement*, Dalloz 1978, n° 31, p. 56 - 57. Cité par le Professeur Ndende, Ibid.

¹⁰²¹ Ibid.

Pour autant la tâche paraît des plus rudes, qui a mobilisé depuis des lustres fort nombreux les énergies les plus déterminées, compétentes toujours, concurrentes parfois, convaincues le plus souvent de marcher – cette fois-ci enfin – sur le bon chemin. « *Les auteurs de conventions internationales ont tous ancré la conviction que leur travail, à eux, [était] destiné à servir de boussole juridique au commerce maritime.*¹⁰²² » En vain. Maigres fruits des efforts. Et vanité des espérances ? Il serait sans doute inutile, ou d'un intérêt limité, de vouloir énumérer les conventions qui, depuis presque un siècle et demi, se sont – de façon générale ou sur tel ou tel point - proposé de parvenir à ce but. Nous avons par ailleurs, déjà, nommé les artisans : l'*International Law Association*¹⁰²³, le *Comité Maritime International* (CMI), organisme privé comme le précédent mais dont nous avons dit qu'il fut relayé sur le plan des nations par l'entremise du gouvernement belge, l'Organisation Maritime Consultative Internationale (OMCI) qui, perdant son caractère consultatif pour accroître son autorité, deviendra l'Organisation Maritime Internationale (OMI), la Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement (CNUCED) et la Conférence des Nations Unies sur le Droit Commercial International (CNUDCI). Ces derniers organismes – leur nom l'indiquant – sont des émanations de l'ONU.

Le chemin vers l'unité perdue reste long comme si le but que l'on recherche – à l'instar des mirages surgis dans les étendues désertiques – avait deux pouvoirs : celui d'éveiller toutes les convoitises et celui de reculer dès qu'on approche. L'uniformité du droit maritime ? « *Force est de constater, reconnaît le Professeur Vialard, que la poursuite de cette uniformité internationale s'apparente à un labeur auquel Sisyphe lui-même aurait très bien pu être condamné au lieu et place de son obligation de pousser sans fin, au sommet de la montagne, le rocher qui, à l'approche du sommet, ne manque jamais de retomber à son point de départ. Car l'uniformité internationale du droit maritime est comme cette pierre expiatoire : elle paraît toujours devoir revenir à son point de départ.*¹⁰²⁴ »

¹⁰²² Vialard A., *Sisyphe et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit..

¹⁰²³ Créée en 1873 et dont l'œuvre la plus connue, les normes contractuelles désignées sous le nom de *Règles d'York et d'Anvers*, assurent encore aujourd'hui leur rôle de référence en matière d'avaries communes.

¹⁰²⁴ Vialard A., *Sisyphe et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit. Le Professeur Vialard, féru de belles lettres, cite en tête de sa réflexion sur l'uniformisation du droit maritime un quatrain de Baudelaire extraits du poème *Le Grignon* (in *Les Fleurs du Mal – Spleen et Idéal*) : « *Pour soulever un poids si lourd Sisyphe, il faudrait ton courage. Bien qu'on ait du cœur à l'ouvrage, L'art est long et le temps est court.* ». Le Professeur Vialard ajoute en note, avec le sourire de l'humour, que « *Sisyphe, lui-même fils d'Eole, fut le père (naturel) d'un grand navigateur malgré lui : Ulysse. Il est donc naturel de le voir ici se préoccuper, mais en vain, semble-t-il, de l'uniformité du droit maritime international. Plutôt que du père présomptif d'Ulysse, nous aurions tout aussi bien pu porter notre choix mythologique sur sa femme Pénélope : tisseuse sans fin d'une tapisserie toujours défaite et toujours recommencée.* ».

Sans doute apercevra-t-on que l'effort du damné célèbre est solitaire et désespéré quand tant d'efforts pluriels, au nom du droit maritime, ont l'apparence de tendre au même but. Sans effets suffisants. Serait-ce qu'entre *concourir* et *concurrencer*, la parenté serait trop importante ? Ou la mécanique internationale du droit serait-elle une *machine infernale* elle aussi ? L'entente ne se fait pas. Le droit maritime international, dans ses manifestations proprement juridiques, est toujours dominé par diverses conventions dont la pluralité reste une source de possibles conflits.

C. Les particularités de la « loi » internationale.

Les conventions adoptées sont la forme internationale de la loi. La chose n'est pas discutée. Tout pourtant marque l'écart entre la loi, telle qu'elle est caractérisée sur le plan des droits internes, et la convention qui lie les Etats - proche, à bien des égards du contrat qui lie des particuliers. La loi, dans le sens ordinaire et interne du mot, tire sa légitimité d'un vote : elle est en cela, dans le principe au moins, l'expression d'une volonté qu'exprime une majorité par le biais de ses représentants. La loi, dans le sens ordinaire et interne du mot, tire sa force d'application de sa promulgation. Dès lors elle a pouvoir de contraindre chacun, dût-il appartenir à la minorité des opposants.

Rien de tel pour les conventions internationales – en droit maritime ou ailleurs – où la volonté des peuples est assez peu consultée. Si l'on estime qu'un peuple est reconnu dans le représentant d'un Etat, la signature d'une convention matérialise un premier acquiescement, l'étape un peu parallèle au vote en dépit du peu d'analogie. La ratification, que rien ne contraint, trouvera, si l'on y tient, quelque parenté bien lointaine avec une promulgation¹⁰²⁵. Mais au-delà de ceci, la plus essentielle des différences est conservée. La convention internationale est *la loi* qui survient *entre les contractants*. Donc elle ne lie que qui veut bien se lier. Mais sur les routes de la mer et dans les ports de partout se croiseront tous les jours, ayant commerce ensemble et battant de nombreux pavillons, ceux qui sont liés par telle *loi* maritime et ceux que lient d'autres *lois*. C'est entre ces *lois*-là notamment – ces conventions internationales multipliées¹⁰²⁶ - que le conflit peut surgir.

En fait, les situations de conflit, disons de concurrence ou d'opposition, qui viennent à surgir entre les sources officielles du droit maritime, ont en commun d'être des conflits de la

¹⁰²⁵ Mais on sait que la ratification d'une convention par un Etat n'entraîne aucun effet juridique à moins qu'on n'atteigne un quota dès le départ fixé, tel nombre minimal d'Etats décidant de leur pleine adhésion. Cela, qui semble nécessaire, est une différence nouvelle, une nouvelle source de complexités.

¹⁰²⁶ Sur ce point voir Branellec G., *La coexistence des règles applicables au contrat de transport international de marchandises par mer: contribution à l'étude de l'uniformité du droit*, op. cit., notamment p. 131-145

diversité. Certains conflits naissent d'un désir de mise à jour : pour servir le droit maritime, il faut le tenir à flot.

II. Les conflits de diversité nés d'un désir de mise à jour.

S'il est vrai que la mission fondamentale du droit c'est de maintenir des équilibres au sein des sociétés humaines, il apparaît que cette mission ne peut s'accomplir – au moins pour large part – que dans une attitude d'accompagnement. Cela demeurera juste en tous les cas. Que le vrai, le bien, soient semés dans quelque transcendance – ainsi que le jugeront volontiers les naturalistes – ou qu'ils procèdent uniquement – les positivistes le croiront – de l'immanence et du quotidien, le droit positif devra, dans la durée, refaçonner ses formes. Il doit se maintenir au plus près des problèmes nouveaux. Le droit maritime est, à cet égard, dans la mouvance ordinaire du droit, dans le mouvement général de la pensée qui, sollicitée par la connaissance augmentée des hommes et surtout, partant de là, par la croissante multiplicité des questionnements, doit s'adapter partout. La mise à jour est de deux ordres : il faut pour mieux utiliser ses forces accepter de se spécialiser : le proverbe affirme que « *qui trop embrasse, mal étreint* ». Mais la mise à jour est, pareillement, dans l'obligation de se renouveler, de se remettre à niveau¹⁰²⁷. Les normes du droit maritime, un peu partout, subissent ce double mouvement. La diversité, génératrice des virtuels conflits dont nous devons parler, naît donc de la spécialisation (A). Mais cette diversité naît également des efforts de remise à jour lesquels, en raison des modalités d'adoption des normes internationales évoquées ci-dessus, sont une autre cause de multiplicité : cette diversité-là génère, en quelque façon, des conflits de générations (B).

A. Les diversités nées de la spécialisation.

Le temps fiévreux que nous traversons propose au droit maritime un lot de problèmes nouveaux que les temps d'avant n'avaient pas connus.

C'est le cas de la pollution, des risques réels de mise à mort de la mer¹⁰²⁸. Ce n'est certes pas là le seul problème nouveau mais il nous permettra d'illustrer notre propos par quelques exemples probants. Ce problème aigu de la pollution marine – ou plus exactement du moyen de la prévenir ou de la limiter – s'inscrit dans un rapport direct avec le problème ancien de la limitation de responsabilité des propriétaires de navires : et nous savons que

¹⁰²⁷ Si, pour l'effet de parallélisme il fallait un proverbe à nouveau, pourquoi ne pas rappeler que « *qui n'avance pas, recule* » ?!

¹⁰²⁸ Rappelons le cas de la Baltique.

ladite limitation, fixée par la tradition de la navigation maritime à la valeur du navire, a progressivement manifesté son insuffisance.

Un traité de droit international sur la *Limitation de la Responsabilité des Propriétaires de Navires de Mer*, signé à Bruxelles le 25 août 1924¹⁰²⁹ était entré en vigueur en 1931 malgré le petit nombre d'Etats parties¹⁰³⁰. Complexe, offrant à l'armateur des choix de limitation - valeur du navire ou somme d'argent plafonnée – cette convention se trouvait sans doute en retrait par rapport au système anglais qui depuis la fin du XIXe siècle imposait à l'armateur, pour toute fin de limitation de responsabilité, la constitution d'un fonds proportionnel au tonnage et distinguant le dommage matériel et le dommage corporel.

Une autre Convention de Bruxelles, et pareillement nommée, voit le jour le 10 octobre 1957. Elle a le mérite de simplifier, prenant en seul compte le système anglais du fonds de limitation. « *Avec le temps, ce texte a toutefois montré quelques imperfections. Les montants de limitation adoptés sont aussi apparus trop faibles, notamment aux yeux des pays en voie de développement.* »¹⁰³¹. La Convention de Londres du 19 novembre 1976, placée cette fois sous l'autorité de l'OMI (ou plus exactement de l'OMCI, à l'époque) a tenté de fixer les ajustements nécessaires.

La diversité créée de cette façon n'est pas une diversité de spécialisation, celle-ci se manifestant dans son sillon mais d'une façon latérale. La Convention du 10 octobre 1957 avait reçu bon accueil, le Professeur Martin-Gouilloud la créditant de soixante-cinq ratifications (dont celle de la France)¹⁰³² au 15 septembre 1990. C'est peu de temps après l'entrée en vigueur de cette convention que se produiront les premières grandes marées noires et puis, de façon très liée, ce qui passe aux yeux du Professeur Vialard pour une « *atomisation du droit maritime international* »¹⁰³³ : une situation d'éclatement consécutive à des décisions, particulièrement justifiées selon nous, mais prises dans l'urgence. Et rien, certes n'était prévu, rien peut-être bien n'était véritablement prévisible : « *C'était à la fin des années soixante, lorsque le droit de la limitation de responsabilité des propriétaires de navires, assez monolithique avec la Convention de Bruxelles du 10 octobre 1957 (...) vole en éclats sous la*

¹⁰²⁹ En même jour et lieu, donc, que la *Convention de Bruxelles (25 août 1924) pour 'l'unification de certaines règles en matière de connaissance'*, que nous avons précédemment évoquée. C'est celle-là que les expressions *Convention de Bruxelles* ou *Convention de Bruxelles de 1924* désignent, en l'absence de toute précision contraire, et d'autant plus volontiers que *Convention de Bruxelles sur la Limitation de la Responsabilité des Propriétaires de Navires de Mer*, dont nous parlons ci-dessus, n'a connu que le plus modeste des retentissements.

¹⁰³⁰ Voir à ce sujet Martine Rémond-Gouilloud, *Droit maritime*, op. cit, p. 36.

¹⁰³¹ Scapel C. *Droit maritime*, op. cit. p. 608.

¹⁰³² Rémond-Gouilloud M., op. cit, p. 37.

¹⁰³³ Vialard A., *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit. p. 215

pression écologique, en imposant de traiter à part et différemment les responsabilités en cas de dommage de pollution, nucléaire d'abord, puis de pollution par les hydrocarbures, ensuite et enfin (...) par les substances nocives ou potentiellement dangereuses ¹⁰³⁴ ». Comme dans tous les domaines du droit – mais, en vérité, comme dans tous les domaines du savoir – une hyperspécialisation conduit au cloisonnement de la connaissance, à la sectorisation de l'action, mais encore, et dans le champ juridique international, à la concurrence des textes. On assiste en effet, coup sur coup, portant tour à tour sur les pollutions et risques de pollutions par hydrocarbures, par matière nucléaires ou par substances nocives, à la production des conventions suivantes:

- La Convention de 1969, entrée en vigueur en 1975, sur la *Responsabilité Civile pour les Dommages dus à la Pollution par les Hydrocarbures*¹⁰³⁵. Cette convention présente l'originalité (reprise ailleurs) de distinguer les armateurs des propriétaires de navires. Ce ne sont pas toujours les mêmes ; ce sont ces derniers, plus facilement identifiés, qui sont visés par la convention¹⁰³⁶.

- La Convention de 1971 créant le *Fonds International d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures* : le FIPOL.

- La convention de 1971, relative à la *Responsabilité Civile dans le domaine du Transport Maritime de Matières Nucléaires*¹⁰³⁷. On jugera que ce texte, en dernier ressort, n'alourdit pas le droit maritime : il exonère en fait le secteur maritime en transposant les responsabilités vers le secteur nucléaire. « *Le système est le suivant : pour les dommages ordinaires, le transport reste régi, normalement, par le droit maritime. Pour les dommages liés à la nature particulière de la substance, les indemnisations sont réglées par une Convention signée sous les auspices de l'OCDE à Paris le 29 juillet 1960 et une convention complémentaire de Bruxelles du 31 janvier 1963* ¹⁰³⁸ ».

¹⁰³⁴ Ibid.

¹⁰³⁵ On pourra tenter d'établir un rapport entre les dates qui apparaissent ci-dessus et les dates de survenue des premières marées noires : « *Après le naufrage du Torrey Canyon en 1967, de l'Olympic-Bravery et du Boehlen en 1976, la Bretagne est à nouveau touchée (...) le naufrage d'un navire pétrolier, l'Amoco Cadiz, survenu le 16 mars 1978 au large des côtes bretonnes, ayant provoqué une catastrophe écologique* », Encyclopédie Encarta 2006.

¹⁰³⁶ Sur ce point voir Bonassies P. *Droit maritime*, op. cit. p. 325-326

¹⁰³⁷ Le jugement du Professeur Vialard, cité plus haut, porte manifestement sur une Convention venue « *d'abord* », signée à Bruxelles le 25 mai 1962, donc antérieure aux premières marées noires, et relative à *La Responsabilité de l'Exploitant de Navire Nucléaire pour Dommage Nucléaire*. Pour autant, cette convention reste sensiblement en dehors du cadre de notre étude : elle concerne essentiellement les navires de guerre et non les navires marchands. Par ailleurs cette convention de 1952 n'a recueilli qu'un très petit nombre de ratifications (six) et n'est jamais entrée en vigueur.

¹⁰³⁸ Rémond-Gouilloud M., *Droit maritime*, op. cit. p. 264.

- La Convention de 1996, plus tardive donc, relative à la *Responsabilité Civile dans le domaine du Transport Maritime de Substances Nocives ou Potentiellement dangereuses*¹⁰³⁹. Ici aussi, ce sont les *propriétaires de navires* – sur qui pèse une responsabilité de plein droit- et non les *armateurs*, qui sont désignés : pour les raisons de facile identification que nous avons évoquées. Cette convention, qui n'est pas encore en application, se trouve souvent désignée sous l'appellation de *Convention HNS*¹⁰⁴⁰.

Ces conventions sont très justifiées quant à leur objet mais il est assuré que, par leur extrême spécialisation, par leur nombre même, et par l'inégalité de leurs ratifications, ces textes sont un facteur d'éclatement du droit maritime. Peut-être eût-il fallu tout rassembler par un plus long effort de synthèse afin d'induire un moindre émiettement. Le Doyen Vialard s'en désole et, bien avant lui, soutient-il, le Doyen Chauveau : « [...] *se désespérait de l'étroitesse de l'esprit humain affronté à l'impérieux besoin d'uniformité internationale du droit maritime(...)* Déjà il s'interrogeait « *A quand une convention sur la limitation de responsabilité des transporteurs maritimes de jus d'orange ?* » *On y est presque.*¹⁰⁴¹ »

Or notre liste n'est pas exhaustive et, s'agissant de la spécialisation des conventions relatives à la limitation de la responsabilité des propriétaires de navires de mer en rapport avec la pollution, sans doute faudrait-il aussi mentionner :

- La Convention internationale du 23 mars 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute
- La Convention internationale du 23 mai 2007 sur l'enlèvement des épaves
- La Convention du 3 octobre 2008 pour le recyclage sur écologiquement rationnelle des navires
- La Convention internationale du 2 novembre 1973, dite de convention MARPOL, pour la prévention de la pollution par les navires. Le professeur Bonassies note à son propos qu' « *Adoptée à Londres le 2 novembre 1973, la convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL) a remplacé la convention de 1954 qui se limitait à la pollution par les hydrocarbures*¹⁰⁴² ». Convention internationale à forte

¹⁰³⁹ Pour plus de détails sur cette convention voir Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit. p. 338-339

¹⁰⁴⁰ HNS : sigle de l'expression anglaise *Hazardous and Noxious Sunstances*. Le fonds international créé dans l'occasion porte en revanche, dans le texte français, l'appellation de Fonds SNPD : *Fonds international pour les Substances Nocives ou Potentiellement dangereuses*.

¹⁰⁴¹ Vialard A., *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit., p.215

¹⁰⁴² Bonassies P. *Droit maritime*, op. cit., p. 27. Si les premières marées noires ont joué le rôle le plus déterminant dans la production de textes, il faut relever que des mesures de prévention de la pollution marine avaient vu le jour avant lesdites marées noires. « *C'est dès 1926 qu'une conférence internationale s'était réunie à Washington pour régler le déversement des déchets d'hydrocarbures par les pétroliers. C'est à l'initiative de la Grande-Bretagne qu'une première convention internationale en la matière fut rédigée en 1954.*

incidence maritime, la Convention MARPOL, est en quelque façon greffée sur l'article 192 de la Convention sur le droit de la mer lequel impose aux Etats l'obligation de préservation du milieu marin.

A l'éclatement du droit maritime en raison de la spécialisation des conventions internationales inégalement ratifiées, s'ajoute un autre éclatement dû aux remises à jour des textes en vigueur. Ce phénomène est associé d'ailleurs, de façon fréquente à la spécialisation que nous venons d'évoquer. Contentons-nous de deux exemples :

- La Convention de 1969 sur la *Responsabilité Civile pour les Dommages dus à la Pollution par les Hydrocarbures*, et que nous avons évoquée, sera modifiée par un Protocole du 27 novembre 1992.

- La Convention de 1971 créant le FIPOL, le *Fonds International d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, sera modifié le même jour que le précédent, devenant la Convention de 1971/1992 et connaîtra sa seconde modification le 16 mai 2003.

Prolifération par la remise à jour : le texte remanié ne disparaît pas mais crée ses avatars, et coexiste avec eux, dans un phénomène autrement plus complexe au total que la division des cellules vivantes. Il reste que la convention mère et la (ou les) conventions filles auront à s'opposer. Nous parlerons, là, de conflits de générations.

B. Les conflits de générations.

Il est remarquable et paradoxal d'avoir à constater que la dispersion normative du droit maritime international, induite par la multiplicité des conventions, procède d'un vrai désir qu'on aurait, semble-t-il, de mieux l'unifier. Pour s'en convaincre il suffira de repérer dans le tableau des conventions dressé par le Professeur Ndende¹⁰⁴³, le nombre approximatif de conventions ou de protocoles établis « *pour l'unification de certaines règles en matière de...* ». Le phénomène est très net. Il s'agit, quoi qu'il en soit, de *faire mieux qu'avant*. Mais le nombre de ces efforts d'unification devient un facteur de pluralité.

Faire mieux qu'avant – voire aussi bien qu'avant - c'est aussi remettre à jour. La situation de diversité née du réaménagement d'une convention, le cas échéant de plusieurs

Cette première convention a été remplacée en 1962 par un nouveau texte, puis en 1973 par le texte actuellement applicable la convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL) ».

¹⁰⁴³ Tableau joint en annexe à l'étude du Professeur Ndende, *La Position du droit français au regard des conventions internationales du droit maritime privé*, DMF 2006.993, op. cit. Ce tableau présente un Etat des Ratifications par la France des Conventions internationales de droit maritime privé. On peut noter qu'un Tableau des Conventions internationales de Droit maritime et fluvial, établi par le Doyen Cachard est disponible sur son site Lexmaritima.

réaménagements successifs de cette convention, se justifie par une excellente intention : réactualiser ce texte et de lui garder son actualité, lui conserver sa pleine efficacité en dépit de l'évolution des temps. Ce légitime effort de ravalement, qui se traduirait en d'autres lieux par les avantages qui s'attacheraient aux regains de jeunesse, est confronté, s'agissant du droit maritime, à la logique implacable du droit international, au jeu des adhésions et des ratifications : les textes remaniés seront reconnus par certains Etats mais non par d'autres et sans qu'aucune obligation de rapport existe entre les choix qu'avait suscités le premier texte et les choix qui s'attacheront aux suivants. Le premier texte et ceux qui naissent de lui deviennent concurrents, tirés dans une généalogie de la diversité, plongés dans d'inévitables conflits de générations.

C'est un événement peu fréquent que la production d'une convention d'ordre international - de droit maritime ou non – présente un nombre de qualités si nettes, avec un contenu si consensuel qu'on puisse être assuré, quasiment, que cette convention sera connue de générations plurielles. « *La preuve en est, fait valoir le Professeur Ndende, qu'il existe une foule de conventions internationales de droit maritime privé qui posent véritablement problème, ou suscitent de graves conflits d'intérêts à la communauté internationale...*¹⁰⁴⁴ ». Dans le même esprit, la Professeur Vialard¹⁰⁴⁵ distingue « *trois catégories de conventions internationales de droit maritime privé* » :

- Celles qu'il appelle les *conventions mort-nées* qui n'ont pas d'avenir ou « *dont l'avenir est épuisé le jour même de leur accouchement aux forceps* ». Ces conventions, très médiocrement ratifiées, ne joueront jamais de rôle – à moins de distinguer le rôle d'encombrement – dans l'ordre mondial du droit maritime.

- Celles qui, nombreuses en vérité, se placent dans une situation moyenne et « *dont le succès, sans être universel, est tout de même plus qu'un simple succès d'estime* ». Celles-là joueront un rôle, occuperont leur place, augmentant les effets de la diversité.

- Puis, enfin, « *celles des conventions internationales de droit maritime privé dont le palmarès de ratification laisserait supposer que, là du moins, l'harmonisation recherchée est atteinte.* »

¹⁰⁴⁴ Ndende M., *La Position du droit français au regard des conventions internationales du droit maritime privé*, DMF 2006. 993.

¹⁰⁴⁵ Vialard A., *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit., p.213-214 .

Celles-là, pourtant, devront se soumettre à l'épreuve inévitable du temps pour cette raison que le droit vivant vieillit. Ce sont celles-là qui connaîtront les *conflits de générations* dont nous parlions, s'exposant, pour conserver suffisamment de vigueur, aux cures de jeunesse, aux chirurgies tardives, à ces remises en cause au moyen desquelles on pensera les maintenir à flot.

Chacun sait que la noyade est accomplie, quelquefois, par les efforts désordonnés du nageur qui cherche à lui échapper. Le désordre international des textes qui régissent aujourd'hui le droit maritime est pour bonne part la conséquence des efforts que l'on a fait pour le résorber¹⁰⁴⁶. « *L'exigence d'uniformité dans la réglementation des rapports maritimes a été ressentie à partir des périodes les plus reculées* » écrit Sergio Carbone¹⁰⁴⁷ qui en distingue les manifestations « *dès les origines du droit maritime* » Or c'est l'inverse qui se produit : pour mieux faire on fait plus et donc, en considération du résultat que l'on recherche, on fait mal. « *Le mieux, dit la sagesse des peuples, est l'ennemi du bien.* »

Les Conventions relatives à la limitation de responsabilité des propriétaires de navires, aperçues ci-dessus sont une première illustration de la diversité créée par l'impératif de mise à jour des textes internationaux. Proposons-nous, pourtant, pour mieux illustrer ce fait, de revenir un court instant sur *la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance*, dont nous avons longuement parlé, dont nous savons le rôle important qu'elle a joué, rôle important qui reste au demeurant le sien. Deux protocoles – les *Règles de Visby* en 1968 puis un second protocole en 1979, signé lui-même à Bruxelles - ont eu pour projet de revivifier le vieux texte. Or ce sont trois traités internationaux qui coexistent de ce fait, salués par des enthousiasmes indiscutablement décroissants. Si le texte de 1924 a su se rallier la totalité des grands pays maritimes, les *Règles de Visby* n'ont recueilli que moins d'un tiers de ces premiers suffrages et le protocole de 1979 a dû se contenter de sa maigre vingtaine de ratifications.

Tout se passe, en fait, comme si la quête de l'uniformisation du droit maritime international se heurtait à des difficultés croissantes, à des réticences augmentées, comme si les Etats, se reposant pour l'essentiel sur l'existence en nombre très suffisant de conventions antérieures, hésitaient à consacrer les nouvelles, accordant plus d'importance à leurs inévitables défauts qu'à leurs qualités novatrices. Tout se passe comme si l'attente toujours déçue d'une unification suffisante imposait que l'on recommence et de telle façon que ces

¹⁰⁴⁶ Lire à ce sujet, Bonassies P., *Vingt ans de conventions internationales maritimes*, Annales IMTM 1996

¹⁰⁴⁷ Sergio M. Carbone S.M., *Conflits de lois en droit maritime*, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, coll. Les livres de poche de l'Académie de Droit International de La Haye, 2010, p. 11.

recommencements qui, depuis un siècle bientôt n'ont jamais été couronnés d'un succès véritable, augmentaient par un effet pervers cette diversité que chacun – mais à sa façon – souhaiterait combattre. Il faut penser, si cette impression venait à se confirmer, qu'on ne franchira pas de sitôt la ligne d'arrivée.

Les chiffres suivants¹⁰⁴⁸ donneront – partant de la Convention de Bruxelles - une idée de la géographie du droit maritime et de sa croissante complexité. Ces chiffres illustrent à l'envi « *l'éparpillement d'un droit voulu comme uniforme* »¹⁰⁴⁹.

- Sur environ quatre-vingt-dix pays parties prenantes à la première Convention de Bruxelles, soixante-cinq environ ne se sont associés d'aucune façon ni au protocole de 1968 ni à celui de 1979. Pays maritime de premier rang parmi les très nombreux absents : les Etats-Unis d'Amérique.

- A l'opposé, huit pays environ, dont les pays scandinave et le Royaume-Uni, seront parties aux deux protocoles successifs de 1968 et 1979, ayant dénoncé la Convention de Bruxelles de 1924.

- Cinq pays dont par exemple Singapour, parties prenantes à la Convention de Bruxelles de 1924, accueilleront les *Règles de Visby*, soit par ratification soit par adhésion mais ne se lieront pas par le second protocole.

- Cinq ou six pays dont par exemple l'Australie, l'Espagne ou le Japon, parties prenantes à la Convention de Bruxelles de 1924, accueilleront le second protocole, soit par ratification soit par adhésion, mais ne se lieront pas par les *Règles de Visby*.

- Observons pour finir que cinq autres pays – mais cinq pays seulement - sont parties prenantes aux trois conventions considérées. Cités dans l'ordre de l'alphabet, ces cinq pays sont la Belgique, la France, la Grèce, la Pologne et la Suisse.

L'image de la mosaïque est en conséquence utilisée fréquemment pour évoquer le droit maritime international. Christian Scapel parle d'une « *véritable mosaïque de textes instituant autant de régimes subtilement différents les uns des autres* »¹⁰⁵⁰. Le Doyen Cachard estime que « *Le droit du commerce international évoque les mosaïques de Ravenne (...) il rassemble des émaux de formes et de couleurs différentes.* »¹⁰⁵¹ Plus expéditif dans son

¹⁰⁴⁸ Chiffres que nous empruntons à l'étude déjà citée du Professeur Vialard, *Sisyphes et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit., p. 214 et 215.

¹⁰⁴⁹ Ibid. p. 215. Le Professeur Vialard ajoute que « *Cet émiettement des conventions internationales conduit ainsi à une véritable atomisation du droit de la responsabilité civile des propriétaires, exploitants ou armateurs de navires, avec la dissociation possible, en fonction de la nature du dommage causé par le navire, des différents régimes applicables...* », p. 216°.

¹⁰⁵⁰ Scapel C. *Droit maritime*, op. cit., p. 608

¹⁰⁵¹ Cachard O. *Droit du commerce international*, op. cit., p. 1

jugement, le Professeur Vialard estime lui que, s'agissant de droit maritime international, « *la mosaïque*¹⁰⁵² *conventionnelle (...) devient (...) un véritable kaléidoscope juridique.* ¹⁰⁵³ »

Précisons donc, à propos de la de la Convention de Bruxelles, qu'environ soixante-dix pays se sont résolument tenus à l'écart, ne se liant pas, d'origine, par la convention mère de 1924. Si ce chiffre est non négligeable, il faut voir que les non convaincus n'occupent pas vraiment de place de tout premier plan dans le classement des nations maritimes et que nombre d'entre eux, se rattachant à l'ex-Union Soviétique, avaient des raisons de ne pas adhérer probablement dictées par l'idéologie.

Remarque anodine ? Il semblerait que non. Car si le monde des deux blocs a vécu qui, entre l'Est et l'Ouest, entretenait naguère un climat de relations tendues que l'on appelait la *guerre froide*, il est assuré que des solidarités perdurent ou se constituent toujours entre des nations proches et qui, peu ou prou, représentent des *blocs*, qu'entre ces *blocs* des divisions, des rivalités, se manifestent toujours. Solidarités géographiques, économiques et politiques (il se pourrait que l'Union européenne en soit institutionnellement la forme la plus avancée). Solidarité religieuse attestée par l'Organisation de la conférence islamique (OCI), qui réunit cinquante-six États. Mais, s'associant à cela, nous devons noter l'écart maintenu, probablement croissant, que l'on observe entre les pays riches et les pays pauvres, et non plus entre l'Est et l'Ouest mais entre le Nord et le Sud, entre les pays que l'on dit *développés*, les pays que l'on proclame *en développement*. Ces derniers jouent le rôle le plus actif au sein de la CNUCED et tout ce qui précède (avec la divergence des intérêts qui s'y rattachent) est susceptible d'un retentissement sur l'équilibre international du droit maritime. Une raison de plus de bien entendre le jugement de Christian Scapel : « *A court terme, l'avenir est porteur de conflits de conventions internationales, conflits plus difficiles encore à trancher que les conflits de lois.* ¹⁰⁵⁴ ».

Sans doute, encore, y aurait-il lieu de rappeler que le droit maritime, à l'instar de ce que cherche à mettre de l'avant le titre du présent travail, est un *secteur du droit général*. Et ceci ne simplifie par la question que nous examinons. Cécile de Cet Bertin, dans son ouvrage déjà cité, juge avec un optimisme réconfortant, que « *l'unification du droit maritime, que réclament les intéressés tant pour la sécurité de leurs rapports juridiques que pour leur simplicité, est à l'œuvre.* ¹⁰⁵⁵ ».

¹⁰⁵² L'image de la mosaïque est souvent utilisée pour évoquer le droit maritime international

¹⁰⁵³ Vialard A., *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit., p.215

¹⁰⁵⁴ Scapel C. *Droit maritime*, op. cit. p. 608.

¹⁰⁵⁵ De Cet Bertin C., *Introduction au droit maritime*, Editions Ellipses, Paris 2008, p. 26 et s.

Elle établit, pour autant, le constat de la multiplicité¹⁰⁵⁶, distinguant notamment parmi les *sources actuelles du droit maritime*¹⁰⁵⁷, l'apport de l'Organisation internationale du travail (OIT), spécifiant qu'une « *quarantaine de conventions consacrées au droit du travail applicable aux gens de mer ont été adoptées par l'OIT depuis sa création en 1919, dans le Traité de Versailles* »¹⁰⁵⁸. De façon récente, en 2006, une *Convention du Travail Maritime* adoptée sous les auspices de l'OIT, apporte du sang nouveau dans ce domaine. A l'instar de la procédure adoptée par l'OMI, ce texte « *propose des procédures d'amendements accélérés pour mettre à jour les dispositions techniques qui évoluent rapidement* ». Par ailleurs il organise un vaste toilettage : « *il consolide et met à jour 68 conventions et recommandations dans une sorte de code international du travail maritime.*¹⁰⁵⁹ »

Il reste que cette convention n'entrera en vigueur que sous condition d'être ratifiée par « *30 pays membres de l'OIT représentant 33% du tonnage brut mondial* »¹⁰⁶⁰. A moins que ces fermes exigences ne reçoivent un excellent accueil, ce qui est à espérer, cette convention pourrait, elle aussi, soit trouver sa place au « *cimetière des conventions maritimes oubliées* »¹⁰⁶¹.

Il est bien évident que les procédures accélérées que nous avons évoquées ci-dessus ne sauraient convenir dans le cas de conflits plus ou moins *voulus* que nous examinons ci-après.

Car les conflits sont parfois des conflits partiellement voulus, des conflits de législateurs où s'affirme un désir de prendre le pouvoir, avec la pensée – probablement – qu'ainsi tout sera mieux pour tous. Car si la dispersion normative au sein du droit maritime international est à regarder comme un *mal*, ce mal peut très bien surgir de désirs dispersés du *bien*.

Certains conflits sont des conflits de rivalité : plusieurs veulent tenir la barre afin de mener le navire au port.

¹⁰⁵⁶ Ce qui rejoint le jugement du Doyen Cachard : « *L'originalité des opérations du commerce international tient à leur rattachement potentiel à plusieurs ordres juridiques : Etats avec lesquels l'opération entretient des liens juridiques et économiques, mais aussi le 'tiers ordre' du droit international et de la lex mercatoria.* » (voir Olivier Cachard, *Droit du Commerce International*, op. cit., p. 10).

¹⁰⁵⁷ Ces *sources* sont, en l'occurrence, les contributions et les contributeurs qui abondent la *source légale* du droit maritime. Y figurent notamment des lois du droit interne : droit des assurances, du droit du travail, droit pénal (avec le Code disciplinaire et pénal de la Marine marchande), du Code de l'environnement, dispositions répressives relatives aux rejets polluants des navires

¹⁰⁵⁸ De Cet Bertin C., *Introduction au droit maritime*, op. cit., p. 31

¹⁰⁵⁹ Ibid.

¹⁰⁶⁰ Ibidem

¹⁰⁶¹ Expression du Professeur Pierre Bonassies, citée par le Professeur Martin Ndende, in *La position du droit français au regard des conventions internationales de droit maritime privé*, op. cit.

III. Les conflits de diversité nés d'une rivalité.

Il arrive, et la chose n'est par rare du tout, que les conflits susceptibles d'entraver l'évolution, la clarté, l'efficacité du droit maritime aient à se découvrir dans ce que nous pourrions appeler la *guerre des conventions* (A). Pour autant, derrière les conflits nés d'une rivalité, se cache à l'occasion des conceptions dissemblables de l'équilibre et, pourrait-on penser, des conceptions dissemblables du bien (B).

A. Les antagonismes entre conventions internationales.

Point n'est besoin de le préciser : les antagonismes, les rivalités qui surgissent entre des conventions internationales sont des rivalités d'hommes, des antagonismes feutrés de producteurs de normes où l'on voit chacun, soucieux de marquer son identité, favoriser ses préférences et ses intérêts commerciaux, placer ses propres atouts dans la divergence des analyses et générer par conséquent des conflits de législateurs. Entendons par là des conflits teintés par des choix de pensée, des préférences partisans. Parfois, déclare le Professeur Vialard, « *la superposition est directement concurrente entre instruments diplomatiques, induisant inévitablement la dispersion là où le but est l'unification.*¹⁰⁶² » Le Professeur Vialard estime au demeurant que « *la superposition des conventions internationales [conduit] à un véritable éclatement des sources.*¹⁰⁶³ » Le jugement ne manque pas d'intérêt. Surtout si l'on s'interdit de penser que cet *éclatement des sources* est une *prolifération* des sources : la seule source qui soit ici en cause est la convention, forme internationale de la Loi. Ce qui prolifère en revanche, alors que traditionnellement l'Etat demeurerait seul face à l'établissement de la loi interne qui le liait, ce sont les législateurs et les instruments divers qu'ils viennent à créer. Sans doute est-il bon de penser que la Loi, *source* du droit, ne fut jamais – sauf aux époques révolues de vertueuse pauvreté, de textes rares et clairs – une fontaine limpide : l'abondance et la diversité l'ont depuis longtemps troublée. Mais le phénomène s'accroissant – selon les voies que nous distinguons ici pour ce qui concerne le droit maritime – il est sans doute bon de penser qu'à l'intérieur de *la source* légale, on distingue un *véritable éclatement* des dispositions virtuellement antagonistes qu'on y verse, et que cette *source*, au sens propre et juridique du mot¹⁰⁶⁴, devient *source* de conflits : mais au sens dérivé qu'a ce mot lorsqu'on l'utilise aujourd'hui pour désigner l'origine.

¹⁰⁶² Vialard A., *Sisyphus et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit., p. 214.

¹⁰⁶³ Ibid.

¹⁰⁶⁴ Donc, rappelons-le, de fontaine, de réservoir, de puits, de dépôt de droit formé.

« *En fait de commerce, la liberté des mers est un leurre* » écrit le Professeur Rémond-Gouilloud en introduction de la seconde partie de son ouvrage, intitulée *Le commerce maritime*¹⁰⁶⁵. Elle établit que la loi du plus fort a toujours prévalu : « *Le commerce maritime est, et a toujours été soumis à un ordre. Simplement cet ordre varie : il est suivant les époques inspiré par des puissances étatiques ou privées : pax romana, ordre vénitien, Ligue hanséatique, grandes compagnies ou férule britannique*¹⁰⁶⁶ »

Quid d'un ordre international qui serait essentiellement conduit par les idéales aspirations du droit vers l'équilibre et la justice ? Chimère encore à ce qui semblerait. « *La CNUCED, la CNUDCI, organisations du système des Nations Unies chargées du commerce international, ont entrepris, à partir des années soixante, de juguler le commerce maritime au profit des Etats y disposant de la majorité*¹⁰⁶⁷. » Le droit maritime international s'élabore en vérité sur ce qu'il est convenu d'appeler l'échiquier politique et donc diplomatique. Aussi bien le Professeur Ndende suggère-t-il qu'il existerait d'obscures tractations d'officines, essentiellement connues de ceux qui savent « *l'histoire des négociations des textes maritimes internationaux (...), les secrets des débats au sein du CMI, de l'OMI, ou de la CNUCED.*¹⁰⁶⁸ » C'est sans doute aussi l'avis du Doyen Rodière évoquant le long enchaînement des ententes et des arrangements qui sont un fil de trame au long de l'histoire du droit maritime : « *le droit maritime reste tributaire du passé à un point qu'aucun autre groupe de règles juridiques (...) ne connaît au même degré. Non seulement on ne peut pas saisir la portée normative des Règles de Hambourg de 1977 concernant le transport des marchandises sans savoir ce qu'il y avait auparavant, mais même on ne peut pas comprendre telle ou telle de ces Règles si l'on ne sait pas qu'elle dérive du droit établi au XIIIe siècle ou de telle réaction politique du XIXe.*¹⁰⁶⁹ »

En fait, la guerre plus ou moins feutrée des conventions s'est manifestée, tout au long des décades passées entre les organismes onusiens d'une part – l'OMCI, l'OMI, la CNUCED, la CNUDCI – et d'autre part les organismes régulateurs du droit maritime, à l'instar du CMI, qui les avaient précédés¹⁰⁷⁰. Ce que le Professeur Vialard appelle « *la superposition-*

¹⁰⁶⁵ Rémond-Gouilloud M., *Droit maritime*, op. cit., p. 281.

¹⁰⁶⁶ Ibid.

¹⁰⁶⁷ Ibidem.

¹⁰⁶⁸ Ndende M., *La Position du droit français au regard des conventions internationales du droit maritime privé*, DMF 2006. 931.

¹⁰⁶⁹ Rodière R., *Le Droit maritime*, Ed. P.U.F., Paris 1980, p. 4.

¹⁰⁷⁰ On peut penser qu'au début cette guerre plus ou moins feutrée s'inscrit dans les dates : entre les organismes des Nations-Unies - qui revendiquent la place - et leurs devanciers, pas de passage amiable du témoin. Les *Règles de Hambourg*, dont on sait les qualités mais aussi l'échec, datent de 1978. Leur but : remplacer la *Convention de Bruxelles* de 1924. Or le *Protocole DTS*, ultime aménagement de cette *Convention de Bruxelles* et qui s'applique à prolonger son règne, est lui daté de... 1979.

antagonisme des conventions internationales » a véritablement trouvé là l'occasion d'un essor. L'auteur estime au demeurant que la situation de conflit se situe, dès lors, à un niveau plus critique : « avec les conventions antagonistes, l'éclatement de l'unification est plus grave : les conventions se font ouvertement la guerre les unes aux autres, pour débaucher les signataires des unes et recruter les zélés des autres.¹⁰⁷¹ » Les organismes dont il s'agit ne seraient pas des lieux de quête d'un équilibre et d'une justice : ils seraient des lieux de calculs politiques...

Le Professeur Vialard illustre au moyen d'exemples¹⁰⁷² une stratégie de prise de pouvoir où les conventions nouvelles¹⁰⁷³ entreprennent de mettre à mal les conventions de Bruxelles, œuvres plus anciennes du CMI. Il cite :

- La *Convention de Londres du 19 novembre 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes* et qui, riche de quelques dizaines de ratifications, remplaça pour les pays signataires la Convention de Bruxelles du 10 octobre 1857.

- Les *Règles de Hambourg de 1978 sur le transport des marchandises par mer*, dont nous avons parlé, destinées dans l'esprit de leurs concepteurs à prendre la place de la Convention de Bruxelles de 1924. Sans grand succès.

- La *Convention de Londres du 28 avril 1989 sur l'assistance*, dont le Professeur Vialard indique qu'elle était « destinée à effacer la très antique Convention de Bruxelles du 23 septembre 1910 pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance maritime »

- La *Convention de Londres du 7 mai 1993 en matière de privilèges et d'hypothèques maritimes* et qui, telle quelle, a pour vocation de « faire pièce aux 27 mai 1927 sur le même thème ».

- La *Convention de Genève du 12 mars 1999 sur la saisie conservatoire des navires* et conçue « pour anéantir la convention du 10 mai 1952 réglant la même question.

¹⁰⁷⁴ »

Une sorte de *guerre froide* diplomatique entre organismes ? Ou plutôt d'achèvement des vaincus ? « Ces projets de conventions ou ces nouvelles conventions ont donc

¹⁰⁷¹ Vialard A., *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit., p. 216.

¹⁰⁷² Ibid p. 217.

¹⁰⁷³ Nombre de ces conventions sont signées à Londres où se trouve le siège de l'OMI. La Convention de Hambourg qui, sans aucun doute, a particulièrement marqué les frontières entre les deux camps, doit son existence à la CNUCED.

¹⁰⁷⁴ Vialard A., *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit., p. 217. Le Professeur Vialard ajoute au paragraphe suivant que « l'unification recherchée est, dans tous les cas, remise en cause par la production de conventions internationales qui "se partagent le marché" ».

*délibérément une volonté mortifère : il s'agit de tuer l'ordre juridique ancien en tentant de le remplacer par du neuf.*¹⁰⁷⁵ ».

Loin de se réduire à la querelle entre les tenants d'un ordre ancien face aux tenants d'un ordre nouveau, l'inimitié pourrait bien s'être manifestée dans le giron des commissions de l'ONU ; l'inimitié ou tout au moins la situation de concurrence. « *On sait dans quelles conditions historiques, écrit à nouveau le Professeur Vialard, en 1967, l'OMI et la CNUCED ont chassé le CMI du territoire qu'il occupait exclusivement avant le naufrage du Torrey-Canyon (...) Ces deux émanations des Nations-Unies ont, dans un premier temps, fait cavalier seul, au risque de travailler l'une et l'autre en concurrence sur le même thème.*¹⁰⁷⁶ »

Mais il semblerait pourtant que les couteaux ne soient plus tirés : la paix règne entre l'OMI et la CNUCED par spécialisation de l'une – à vocation plus juridique – et l'autre – à vocation plus économique – et l'OMI « *traite en principe essentiellement des problèmes relatifs à la réglementation uniforme de la sécurité de la vie maritime en mer (...), de la détermination de la ligne de charge maximale (...), de la prévention de la pollution marine par hydrocarbures (...) et du transport maritime de personnes.*¹⁰⁷⁷ » Dans le même temps, « *la réglementation de l'organisation du trafic maritime et du transport maritime des marchandises est, en fait, exclusivement formulée par la CNUCED avec le support technique de la CNUDCI (Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international)*¹⁰⁷⁸ » A côté de la spécialisation se dessine une forme de collaboration qui serait de nature à tisser des liens meilleurs entre l'OMI, la CNUCED et la CNUDCI. « *Depuis quelques temps, elles n'hésitent pas à conjuguer leurs efforts et leurs compétences au travers de groupes joints et internationaux d'experts.*¹⁰⁷⁹ » Complémentairement, l'OMI bénéficie pour son action « *d'une collaboration toujours plus institutionnalisée avec le CMI.*¹⁰⁸⁰ » tandis qu'on assisterait à un « *changement de climat débouchant sur une collaboration ouverte du CMI avec la CNUDCI.*¹⁰⁸¹ »

Derrière cette façade polie, toute en *politesse*, il n'est pas certain que tout antagonisme ait disparu puisqu'en toute hypothèse, il est évident que subsistent les rivalités d'intérêts. Mais on peut se convaincre qu'il n'y a pas de guerre ouverte où, selon le camp dont on est, les *bons* se distingueraient des *méchants*. Des divergences d'analyses subsistent probablement.

¹⁰⁷⁵ Ibid.

¹⁰⁷⁶ Ibidem p. 216.

¹⁰⁷⁷ Sergio M. Carbone, *Conflits de lois en droit maritime*, op. cit., p. 34.

¹⁰⁷⁸ Ibid.

¹⁰⁷⁹ Vialard A., op. cit., p. 216.

¹⁰⁸⁰ Sergio M. Carbone, *Conflits de lois en droit maritime*, op. cit., p. 34.

¹⁰⁸¹ Ibid., p. 37.

B. Des conceptions dissemblables de l'équilibre.

Sans doute peut-on penser que les antagonismes dont il s'agit procédèrent toujours d'approches séparées de l'équilibre et de la justice. Ainsi la CNUCED, « *dont on sait*, [comme l'écrit Pierre Bonassies], *le rôle primordial qu'y jouent les pays en voie de développement* ¹⁰⁸² » fut-elle à l'origine d'une Convention portant Code de conduite des conférences maritimes de 1974. On distinguera sans mal que cette convention cherche à favoriser les Etats de ce qu'on appelait le Tiers-monde, et particulièrement l'Afrique, en répartissant les volumes du transport maritime entre deux pays selon les pourcentages que nous avons vus : 40% pour les navires de l'un, 40% pour les navires de l'autre et 20% pour des navires battant pavillon de pays tiers. Que cette convention défende des intérêts largement politiques est indubitable. Il n'en reste pas moins – nous parlions d'équilibre et de justice au nom du droit – qu'elle a voulu par la même occasion mettre en place un *juste rééquilibrage* en s'opposant à la situation d'avant. Cette convention fut bien accueillie par la communauté maritime. Est-ce le caractère affectif, *engagé*, peut-être un peu précipité, de sa conception qui a masqué pour le législateur un certain nombre de défauts ? Peu de pays côtiers de l'Afrique avaient le moyen d'assurer véritablement 40% du trafic de ligne utilisant leurs ports. Et les sous-traitances un peu troubles ont favorisé la corruption que l'on sait, créant une situation d'arrangements formels à la transparence incertaine et dont le développement des pavillons de complaisance a peut-être un peu profité. Le développement de ces pavillons de complaisance a par ailleurs été facteur de déséquilibre en faisant du Liberia, nation d'Afrique – et nonobstant cornaquée pendant longtemps par les Etats-Unis d'Amérique - un puissant pays de marine marchande. Il dispose officiellement de la seconde flotte au monde¹⁰⁸³, avec dans tous les autres domaines une économie particulièrement dévastée, laissée à l'abandon, ruinée par la guerre et la déscolarisation, les trafics si tentants de la corruption (très peu de navires ont, par ailleurs, des intérêts proprement libériens). La règle des 40% ci-dessus limiterait de ce fait, et de manière inattendue, l'activité du pavillon libérien sur ses propres côtes !

Pourtant ce ne sont peut-être pas ses inévitables défauts qui sont la cause de la mise en sommeil de cette convention qui, nous l'avons dit, suscita le favorable accueil de la communauté maritime : alors qu'elle avait souhaité régler les seuls transports en

¹⁰⁸² Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit. p. 236

¹⁰⁸³ Article *Libéria*, Larousse 2007, op. cit., p.1511. L'encyclopédie Encarta 2006 fait apparaître, sous le même titre, un autre effet pervers des pavillons de complaisance : « *Depuis le milieu du XXe siècle, une grande partie des revenus du Libéria est (...) assurée par des recettes provenant de l'octroi de pavillons de complaisance aux navires marchands* ». Le reste de l'économie étant à l'abandon.

conférences, « *ultérieurement, de nombreux pays signataires du code ont demandé que cette règle soit étendue à l'ensemble du trafic maritime.*¹⁰⁸⁴ » Aussi, le sort finalement réservé au Code de conduite est-il la directe traduction de cette *guerre de conventions* dont nous parlons ici : le Code a eu le défaut d'aller tant soit peu dans le sens de l'économie planifiée, dans un sens donc où ne soufflait pas le vent dominant de l'idéologie : « *la Convention de 1974 portant Code de conduite des conférences maritimes (...) a fini par être juridiquement plongée dans un coma artificiel (et irréversible ?) au nom de l'ultra-libéralisme issu de la mondialisation.*¹⁰⁸⁵ »

Pour montrer que les Règles de Hambourg ou, plus exactement, la *Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer*, adoptée le 30 mars 1978 à Hambourg, œuvre en commun de la CNUDCI et de la CNUCED, était pensées pour le tiers-monde et notamment pour l'Afrique, il n'est point besoin d'en entreprendre une longue analyse¹⁰⁸⁶. Il suffit d'observer que cette convention fut principalement ratifiée par des nations africaines et qu'elle est loin d'avoir connu le succès qu'on en attendait. La vingtième ratification ne fut acquise qu'en 1992 au bout de quatorze années. « *Seuls quatorze autres Etats ont, depuis 1992, ratifié la Convention. Ces trente-quatre Etats ne représentent, au total, qu'environ un demi pour cent du tonnage de la flotte mondiale, et ne comptent parmi eux aucune grande puissance maritime, mais au contraire sept pays enclavés. Les Règles de Hambourg, à ce jour, n'ont manifestement pas atteint l'objet qui leur était assigné : instituer un nouveau régime juridique du transport maritime international se substituant, à l'échelle universelle, au système fondé sur la Convention de Bruxelles de 1924.*¹⁰⁸⁷ »

Les Règles de Hambourg avaient pourtant de solides qualités. Le Professeur Vialard souligne ainsi que « *la presque excellente convention de Hambourg (...) malgré sa supériorité intellectuelle sur la très déséquilibrée convention de Bruxelles du 25 août 1924(...) ne recueille que peu de suffrages*¹⁰⁸⁸ »

Et que penser de la convention de 1980 sur le transport multimodal international de marchandises, conçue sous les auspices de la CNUCED elle aussi, et qui n'a pas vu le jour en dépit de ses qualités ? Le Professeur Ndende pointe du doigt cette « *Convention de 1980 sur*

¹⁰⁸⁴ Bonassies P., *Droit maritime*, op. cit, p.237.

¹⁰⁸⁵ Ndende M., *La position du droit français au regard des conventions internationales de droit maritime privé*, op.cit.,p. 934.

¹⁰⁸⁶ On sait que cette Convention se proposait de remplacer la Convention de Bruxelles de 1924, jugée trop favorable aux armateurs (donc aux pays du Nord) par un texte plus favorable aux chargeurs (ce que sont principalement les pays du Sud).

¹⁰⁸⁷ Scapel C., *Droit maritime*, op. cit, éd. 2010 (n° 895), p.605 et s.

¹⁰⁸⁸ Vialard A., *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit., p. 216.

*le transport multimodal international de marchandises qui végète dans les tiroirs onusiens, alors que son utilité semble largement reconnue dans le monde entier.*¹⁰⁸⁹ »

Il apparaît donc que la *guerre des conventions* n'est pas un leurre. Elle fait des victimes : aussi bien naissances avortées que morts assistées dans le secret des officines. Et si les tenants du neuf¹⁰⁹⁰ attaquent les tenants de l'ancien, ceux-ci savent se défendre avec succès. La conséquence est l'émiettement du droit maritime international ; ce qui, certes, n'est pas assimilable à quelque mort du droit mais, sur le plan de l'efficience, à quelque ralentissement des fonctions vitales.

On pourrait, s'agissant de la multiplicité des conventions de droit maritime international, utiliser pour conclure un jugement du Doyen Cachard : « *En Droit maritime, la multiplication des conventions internationales est telle que le juriste est confronté à un véritable « lacis de traités internationaux » qu'il est difficile de démêler. Il s'agit pour la plupart de traités multilatéraux intervenus en matière de transport maritime, de sécurité maritime, de responsabilité civile et de protection des marins. Chaque traité est amendé par des protocoles qui s'appliquent seulement dans les relations entre les États les ayant ratifiés. Ainsi, plusieurs versions d'une même convention coexistent, chacune recevant application dans les relations entre les seuls États parties.* »¹⁰⁹¹ ».

Désordre, calculs, rivalités, conflits, bonnes volontés dépensées en vain, échecs. Au total, c'est un sombre tableau : si bien que l'on serait tenté, juste après le professeur Martin Ndende, de « *dire, et n'en déplaise à Candide, que « tout ne va pas toujours pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles »*¹⁰⁹² ». Faut-il désespérer ? Si l'on n'hésitait pas à multiplier les images et les références à prétentions savantes, on estimerait que, « *toujours recommencé* », le droit maritime à l'instar du Phénix antique a le pouvoir de naître à nouveau de ses cendres et l'on rappellerait les mots par quoi prend fin l'*Electre* de Giraudoux :

« - *Comment cela s'appelle-t-il, quand le jour se lève, comme aujourd'hui, et que tout est gâché, que tout est saccagé, et que l'air pourtant se respire, et qu'on a tout perdu, que la*

¹⁰⁸⁹ Ndende M., *La position du droit français au regard des conventions internationales de droit maritime privé*, op.cit., DMF 2006, p. 934.

¹⁰⁹⁰ C'est aussi le Professeur Vialard qui estime qu'à côté des conventions réussies, qui sont le mérite des tenants du neuf, il convient de distinguer nombre de textes à l'intérêt plus réduit qui sont pauvrement novateurs : « *la nouveauté réside le plus souvent dans la teinture de vieux oripeaux* », in *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit., p. 220. Il indique encore que « *dans la réalité, on peut penser que ces organismes cherchent d'abord à justifier leur existence par la production à jets plus ou moins continus de conventions nouvelles dont l'originalité n'est pas toujours la marque : l'organe crée la fonction !* », ibid., p.216

¹⁰⁹¹ Cachard O., propos de présentation du *Tableau des Conventions internationales de Droit maritime et fluvial*, établi par le Doyen Cachard.

¹⁰⁹² Ibid, p. 933.

ville brûle, que les innocents s'entre-tuent, mais que les coupables agonisent, dans un coin du jour qui se lève ? (...)

- Cela a un très beau nom, femme Narsès. Cela s'appelle l'aurore. ¹⁰⁹³ »

Et donc il faut continuer, se porter vers l'avant quand bien même la route est à trouver, porter la vocation du droit qui est d'équilibrer. Réfléchir, recommencer s'il le faut, bâtir. Guérir. Le désir en existe.

¹⁰⁹³ Giraudoux J., *Electre*, acte II, scène 10.

TITRE 2 : VERS UNE DEMARCHE THERAPEUTIQUE

Si nous ne craignons de trop *philosopher*, nous écrivions que le désir de guérir, de réparer, de remettre en selle, est au nombre des considérations sur quoi peut se fonder cette idée de la *dignité de l'homme* à quoi, sans doute, il est agréable d'adhérer. Que de digressions s'offriraient alors sur le désordre augmenté, l'impotence organisée du droit, mais encore – au-delà du droit - sur la société du *prêt à jeter*, sur un monde alourdi de ses déchets. Mais tel n'est pas notre propos. Notre propos, c'est la remise en selle – ou la remise à flot – du droit maritime et la difficulté de guérir, de guérir *aussi* le droit, s'y trouvera de toute force attesté. Car il y aura toujours, dans la chirurgie des corps et dans la médecine du droit, des *réactions de rejet* : doit-on penser que la portée d'un texte novateur est mesurable à la portée des protestations qui s'élèvent ou, tout au moins, qui s'élèvent d'abord ?

Le droit maritime est donc en souffrance. Il faut beaucoup refaire à neuf en s'ajustant aux nouvelles nécessités du monde maritime. Au niveau du droit maritime international, un effort global visant à discipliner la source légale (à savoir le désordre des conventions) relève en vérité de l'urgence. Et c'est sur la source légale, aussi, que l'on peut agir au plan du droit interne. Un code maritime ou même un code des activités maritimes (activités privées mais également publiques) fut d'assez longue date envisagé. C'est vrai que l'on en parle moins mais la rénovation de la source légale interne est nécessaire afin d'offrir un surcroît de jeunesse au droit maritime français : qu'il soit modernisé, qu'il soit ordonné, qu'il soit donc efficace.

Face au désordre des sources, les efforts de la communauté maritime sont nombreux : la démarche thérapeutique s'effectuant au plan national autant que supranational. Au plan de l'international, celui qui suppose une signature de convention, les Etats ne s'engageant qu'au terme de sa ratification, nous pouvons juger que l'effort est fait. Cet essentiel effort attend sa consécration : l'entrée en vigueur des Règles de Rotterdam à l'échelle espérée – celle qui, par progressive capillarité conduirait le droit maritime international vers une certaine unité. L'Europe et les Etats qui la composent ont là-dessus - là-dessus notamment – leur rôle à jouer. Pour espérer la guérison du droit maritime il faut donc suivre, avec une vive attention, l'ensemble des décisions que prendra l'Europe au chevet du malade (chapitre I). S'agissant du droit maritime à l'aune de la France, il nous faut observer pareillement les mesures internes en vue d'une évolution souhaitée (chapitre II).

Chapitre 1 : Au plan supranational, l'Europe : une thérapie de choc unilatérale et risquée.

Le droit maritime est international mais, sans empiéter sur le terrain strictement international – ce qui porterait atteinte à l'unité du droit maritime international – la thérapie souhaitée peut trouver son relais très efficace au niveau de l'Union européenne. A cela bien des raisons : la source internationale n'est pas assez vite renouvelée, la lenteur étant essentiellement imputable à la lourdeur des mécanismes. En outre, les conventions internationales en matière maritime manquent parfois de précision et laissent pour cette raison, aux Etats qui les ont ratifiées, une grande latitude quant à leur interprétation. Enfin, elles manquent souvent de force contraignante, à rebours des sources de l'Union européenne à l'endroit des Etats membres. Au demeurant, nous avons déjà vu la croissante implication de l'Union Européenne dans la création d'un droit maritime à l'origine un peu boudé. Ce droit, nous l'avons dit, portait le sceau d'un libéralisme marqué. L'ensemble des initiatives que nous avons examinées relevaient, au fond, d'une simple transposition de la politique générale de l'Union Européenne dans le champ du droit maritime. Or – et nous y sommes aujourd'hui – le droit maritime européen grandira peu à peu, dans sa logique et sa force. Et dans sa visibilité. Reconnaissons toutefois que le droit de l'Union ne s'intéresse guère à certains domaines du droit maritime (ainsi les événements de mer). En d'autres domaines, en revanche, on ne peut que constater la plus grande activité. C'est le cas par exemple en matière de sécurité maritime¹⁰⁹⁴, ou de droit social, mais aussi de droit des pêches¹⁰⁹⁵. L'Union européenne, en lançant notamment dans l'urgence une politique de vigilance et de protection, fera naître à son échelle un véritable phénomène de régionalisation du droit maritime et cette régionalisation se fera selon deux voies qu'il est important de distinguer :

¹⁰⁹⁴ Nous aborderons, dans les développements qui vont suivre, des questions liées à la sécurité maritime. D'aucuns jugeront que ces questions ne relèvent qu'indirectement du droit maritime privé. Il nous apparaît pourtant nécessaire d'examiner cet aspect des choses tant il est si étroitement lié au transport maritime et aux tourments qui affectent les sources du droit maritime.

¹⁰⁹⁵ Nous n'aborderons pas ce domaine : la délimitation des zones de pêche ressortit au droit public et par ailleurs le droit de l'Union européenne – autant que le droit français, comme en atteste l'existence d'un Ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche, de la Ruralité et de l'Aménagement du territoire – rattache la pêche au domaine agricole. En dispose ainsi l'article 38 (ex-article 32) du TFUE, paragraphe 1 : *«L'Union définit et met en œuvre une politique commune de l'agriculture et de la pêche. Le marché intérieur s'étend à l'agriculture, à la pêche et au commerce des produits agricoles. Par produits agricoles, on entend les produits du sol, de l'élevage et de la pêche, ainsi que les produits de première transformation qui sont en rapport direct avec ces produits. Les références à la politique agricole commune ou à l'agriculture et l'utilisation du terme «agricole» s'entendent comme visant aussi la pêche, eu égard aux caractéristiques particulières de ce secteur.»*

- D'abord une régionalisation par création de normes consistant à faire naître une règle nouvelle en l'intégrant dans la source légale européenne. Il s'agit d'une démarche unilatérale. Un mauvais remède en ceci qu'il ajoute à la diversité planétaire des normes. Une attitude heureuse aussi dans la mesure où elle peut, au final, impulser l'action internationale et créer la règle au sein de la source internationale (section 1).

- Ensuite une régionalisation par intégration des sources du droit international, qui consiste à adapter la règle existante aux spécificités de l'Union européenne. Dans ce second cas, la régionalisation consiste à intégrer la règle internationale dans la source européenne, afin de l'adapter, de la rendre « sur mesure », afin surtout de la rendre contraignante à l'égard des Etats membres de l'Union. C'est un système intelligent de coopération qui installe une même règle dans la source légale internationale et dans la source légale européenne : est-ce bien là, cependant, le discours officiel ou l'intention véritable ? Y a-t-il un désir vrai de collaborer ? (section 2).

Section1. L'unilatéralisme ou régionalisation par création de normes.

La compétence de l'Union européenne en matière de sécurité maritime n'était pas, au départ, expressément prévue par les traités. L'organisation maritime internationale était alors la seule compétente en ce domaine.

C'est en adoptant peu à peu des préoccupations de vigilance et de protection que l'UE s'engagera sur ce terrain, d'une manière inattendue sans doute. Au moins cela permet-il de souligner la naissance de son intérêt pour le droit maritime et son expression de préservation de la mer et du littoral est plus hâtif que l'on ne croit : la survenue des marées noires – aussi décisive en tout que la chose sera – n'en est pas le point de départ. Au plus sera-t-elle un ferment décisif, un point d'appui, créant une situation d'urgence.

L'Union manifeste en vérité sa volonté d'intervenir, en mettant en place, en 1973 déjà, son programme d'action pour l'environnement, dont le chapitre 6 traite de la pollution des mers. D'autres programmes d'action suivront, chaque fois plus ambitieux. Le programme de 1977 qualifie de prioritaire une réduction de la pollution des eaux douces et de mer. Un peu plus tard, le programme de 1986, parallèle à l'acte unique européen – qui consacre la compétence de la communauté en matière d'environnement - fait apparaître les grands instruments financiers pour cette politique de l'environnement, le programme de 1992/93 s'intéresse au développement durable etc...

Le traité de Maastricht, enfin, va consacrer la compétence de la communauté en matière de sécurité maritime. Cette dernière entreprend alors de mettre en place une politique¹⁰⁹⁶ commune en ce domaine, en réaffirmant toutefois la primauté d'action de l'OMI¹⁰⁹⁷. Les événements - le naufrage de l'Erika, ses conséquences aussi bien marines que littorales - offriront l'occasion d'arrêter dans l'urgence un certain nombre de mesures : une réponse à l'opinion publique et tout à la fois, probablement, l'essai d'une autorité (I). L'initiative en étonnera plus d'un mais les reproches auront pour effet de galvaniser les énergies de la Commission, l'engageant dans une phase de lutte en vue de la consolidation, ralentie par le frein d'oppositions marquées (II).

I. La création de normes dans l'urgence.

C'est face aux catastrophes des marées noires, que l'Union Européenne s'applique à définir en plusieurs étapes une politique de sécurité qui s'applique aux navires, aux hommes, au milieu marin. La première étape est marquée par la mise en train d'une politique audacieuse et ces rapides décisions constitueront de qu'il est convenu d'appeler le *paquet Erika I* (A). D'autres décisions suivront rapidement, regardées comme des compléments, d'utiles mesures d'ajustement : ce sera le deuxième *paquet* de la série Erika, le *paquet Erika II*, prolongement plus longuement mûri du premier (B).

A. Erika I : la mise en train d'une politique audacieuse

Les « *paquets* ¹⁰⁹⁸ *Erika* » - qui seront au nombre de trois - sont ainsi nommés par référence au naufrage du pétrolier Erika le 12 décembre 1999 au large de Penmarch, déversant entre 10 000 et 20 000 tonnes de fioul lourd sur les côtes bretonnes¹⁰⁹⁹ à Noël, causant une vive émotion dans l'opinion. Par réaction, les paquets Erika vont tendre à renforcer la sécurité maritime en modifiant les normes européennes en vigueur au moyen d'une série d'ajustements, d'enrichissements provenant de diverses origines, et de franches innovations. Faut-il écrire ici que les mesures arrêtées par l'Union européenne ont une incidence à la fois sur le droit privé maritime et sur le droit public de la mer ? Il ne nous a pas paru nécessaire, ici, d'opérer des tris incertains : les cloisons du droit, nous le savons, ne sont d'ailleurs pas

¹⁰⁹⁶ Voir LE MORVAN D., *Vers une stratégie européenne en matière de sécurité maritime : les leçons de l'Erika*, in Sécurité et environnement – le risque au cœur des politiques, La revue internationale et stratégique, automne 2000, p. 132.

¹⁰⁹⁷ Probablement pour les raisons de politique et de stratégie que nous aurons à distinguer.

¹⁰⁹⁸ Le mot « *paquet* », libre transposition de l'anglais *package*, s'entend ici pour un train de mesures. Le mot *règlementation* convenait mais l'expression *paquet Erika* fait désormais partie de l'usage.

¹⁰⁹⁹ Encyclopédie Encarta 2006. Article « *hydrocarbures, pollution par les* »

d'une parfaite étanchéité. La commission européenne va donc adopter le 21 mars 2000, une communication¹¹⁰⁰ sur la sécurité du transport maritime en proposant un certain nombre de mesures à la portée novatrice (1). Quelques mois après ces premières propositions, elle va annoncer, dans une seconde communication¹¹⁰¹, son intention de renforcer significativement le niveau de sécurité dans les espaces maritimes de l'Union (2).

1. La proposition à l'origine du paquet Erika I

Dans sa *Communication au Parlement européen et au Conseil sur la sécurité maritime du transport pétrolier*¹¹⁰², la Commission européenne va proposer l'adoption d'un règlement et de deux propositions de directives. Ces premières propositions concernent le contrôle de l'état général des navires (a), l'encadrement plus étroit des sociétés de classification (b), l'accélération de l'élimination des pétroliers à simple coque (c).

a. Le contrôle de l'état général des navires.

La Commission propose en premier abord une modification de la directive 95/21/CE¹¹⁰³ du Conseil du 19 juin 1995¹¹⁰⁴ relative au contrôle de l'État du port. Ce projet va être consacré par la directive 2001/106 du 19 décembre 2001¹¹⁰⁵, qui introduit une série de mesures en vue d'exiger des navires entrant dans les ports européens leur conformité entière aux normes internationales de la sécurité maritime.

Cette directive prévoit une obligation pour les États membres d'inspecter certaines catégories de navires dits à risques. Une vérification renforcée de ces navires est également imposée aux États membres.

¹¹⁰⁰ *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 21 mars 2000, sur la sécurité maritime du transport pétrolier*, COM (2000), 142 final.

¹¹⁰¹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen du 10 décembre 2000 sur un deuxième train de mesures communautaires en matière de sécurité maritime suite au naufrage du pétrolier Erika, COM (2000) 802 final, p. 1

¹¹⁰² Sont en fait visés non seulement les pétroliers mais de façon plus étendue les navires transportant des matières dangereuses ou polluantes.

¹¹⁰³ Cette directive intègre dans le droit de l'Union européenne les dispositifs du Mémorandum d'entente de Paris, signé entre les autorités maritimes de 15 États (les 11 États qui faisaient alors partie de la Communauté Européenne, plus la Finlande, la Norvège, la Suède et la Pologne), pour en savoir plus sur les objectifs de ce Mémorandum, voir notamment LUCCHINI L., VOELCKEL M., *Droit de la mer*, op. cit., p. 344- 347

¹¹⁰⁴ Directive 95/21/CE du Conseil du 19 juin 1995 concernant l'application aux navires faisant escale dans les ports de la Communauté ou dans les eaux relevant de la juridiction des États membres, des normes internationales relatives à la sécurité maritime, à la prévention de la pollution et aux conditions de vie et de travail à bord des navires (contrôle de l'État du port), JOCE L 157, 7 juillet 1995, p. 1

¹¹⁰⁵ Directive 2001/106/CE du Parlement Européen et du Conseil du 19 décembre 2001 modifiant la directive 95/21/CE du Conseil concernant l'application aux navires faisant escale dans les ports de la Communauté ou dans les eaux relevant de la juridiction des États membres, des normes internationales relatives à la sécurité maritime, à la prévention de la pollution et aux conditions de vie et de travail à bord des navires, JOCE L 19, 22 janvier 2002, p.17

La directive impose encore aux États membre de refuser l'accès à leurs ports aux navires :

- Battant le pavillon d'un État figurant sur la liste noire publiée dans le rapport annuel du mémorandum d'entente de Paris, et qui aurait été immobilisé plus de deux fois au cours des vingt-quatre mois précédents dans un port d'un État signataire du mémorandum d'entente de Paris;

Ou

- Battant le pavillon d'un État décrit comme présentant un « risque très élevé » ou un « risque élevé » dans la liste noire publiée dans le rapport annuel du mémorandum d'entente de Paris, et qui aurait été immobilisé plus d'une fois au cours des trente-six mois précédents dans un port d'un État signataire du mémorandum d'entente de Paris.

Chaque Etat de l'Union reçoit mission d'inspecter de manière annuelle un minimum de 25% des navires étrangers relâchant dans ses ports. Quota souvent pas toujours atteint, il faut cependant noter que les navires se voyant interdire les ports européens, sont de plus en plus nombreux.

b. L'encadrement plus étroit des sociétés de classification.

Dans la foulée, la Commission propose un encadrement plus étroit des sociétés de classification à travers une modification de la directive 94/57/CE du 22 novembre 1994¹¹⁰⁶. Cette dernière interviendra le 19 décembre 2001, par l'intermédiaire de la directive 2001/105/CE¹¹⁰⁷, laquelle impose aux Etats membres l'obligation¹¹⁰⁸ de vérifier que les organismes auxquels ils octroient l'agrément répondent bien aux critères fixés par la directive.

On peut juger que ces mesures ont pour objet d'assurer les moyens d'une politique. Il s'agit pour plus de sécurité, de contrôler le contrôleur, de renforcer le contrôle sur les sociétés de classification, et ainsi leur conférer une légitimité plus forte. Une procédure est mise en place, relative à l'octroi de l'agrément auxdites sociétés mais encore à sa suspension, voire à son retrait.

¹¹⁰⁶ Directive 94/57/CE du Conseil établissant des règles et normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires et les activités pertinentes des administrations maritimes, JOCE L 319, 12.décembre.1994, p. 20

¹¹⁰⁷ Directive 2001/105/CE du Parlement Européen et du Conseil du 19 décembre 2001 modifiant la directive 94/57/CE du Conseil établissant des règles et des normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires et les activités pertinentes des administrations maritimes, JOCE L 19, 22 janvier 2002, p.9

¹¹⁰⁸ Article 4-1 de la directive.

La mise en œuvre du droit – maritime et général – impose en effet que l'on agisse sur les cibles en actionnant les leviers. Ces leviers sont l'intérêt mais aussi la crainte de la sanction : vieux principe éprouvé – qui ne se réserve pas à la conduite des bêtes de trait – du bâton et de la carotte. Il reste, à n'en pas douter que, lorsqu'il s'agit de piloter les hommes, aucune pleine efficacité n'est obtenue que par l'intériorisation de la règle, et les vrais coercitions du droit, les plus fermes pressions du droit, sont exercées par la liberté de l'esprit.

La Commission souligne à ce propos, dans sa Communication précitée, qu'il importe que l'on provoque « [...] *un changement de mentalité dans le secteur du transport maritime du pétrole. Il faut des incitants plus puissants pour inspirer le souci de la qualité aux transporteurs, aux affréteurs, aux sociétés de classification et aux autres organismes jouant un rôle important. Simultanément, il faudrait resserrer les mailles du filet sur ceux qui poursuivent les bénéfices économiques personnels à court terme au détriment de la sécurité et de l'environnement marin* ».

c. L'élimination de certains des pétroliers.

La dernière mesure visée par cette communication concerne l'élimination des pétroliers à simple coque.

La fiabilité technique des pétroliers fait l'objet de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'introduction accélérée des prescriptions en matière de double coque ou de normes de conception équivalentes pour les pétroliers à simple coque. Inspirée de la Convention MARPOL de 1973, cette ferme proposition vise en fait à écarter des ports de l'Europe à l'horizon 2015 les navires à simple coque. L'échéancier suit de près celui qui fut retenu par l'Oil Pollution Act américain (OPA).

Si les premières mesures n'ont pas suscité d'émoi particulier, cette nouvelle proposition fera l'objet de vives critiques et l'action de la Commission européenne – à l'instar de celle des Etats-Unis en 1990 – est apparue comme étant unilatérale et devançant l'action internationale. Pourtant la Communauté Européenne avait jusqu'alors affirmé la primauté de l'action internationale, ainsi que son ambition de collaborer avec l'OMI.

La Commission, sans le moindre doute, a jugé que le niveau d'action régional européen serait non seulement le plus adéquat, mais aussi - les conséquences de la catastrophe ayant été subies par les côtes du vieux continent - le plus légitime.

Il apparaît que la gestion de la crise a souligné l'efficacité d'une action régionale européenne alors qu'à l'origine elle n'avait probablement d'autre vocation que de suppléer l'action sécuritaire de l'OMI, sensiblement déficiente. Le Conseil, craignant peut-être d'avoir

à affronter les critiques hostiles à l'intervention de la Communauté en la matière, décide d'engager une négociation au sein de l'OMI pour adopter au niveau international des mesures analogues à celles proposées par la Commission.

Un accord sera trouvé en ce sens le 27 avril 2001¹¹⁰⁹, puis les modifications de la convention Marpol intégrées par le règlement 417/2002 du Parlement et du Conseil le 18 février 2002¹¹¹⁰. Les améliorations apportées par ce règlement, qui reprend finalement scrupuleusement les dispositions édictées par l'OMI¹¹¹¹, sont bien moins ambitieuses que celles proposées par la Commission¹¹¹².

Portant tour à tour sur l'état des pétroliers, l'inspection de ces navires et les moyens de contrôle, et plus accessoirement sur la sensibilisation des hommes, le paquet Erika I plante en quelque sorte le décor. Il sera très vite complété. La Commission européenne, en effet, n'entendra pas en rester là. Quelques mois après ces premières propositions, elle annonce en effet son intention de renforcer le niveau de sécurité dans les espaces maritimes de l'Union.

2. *Les propositions à l'origine du paquet Erika II : des mesures d'ajustement.*

La Commission complète en effet son œuvre, au moyen d'une seconde communication¹¹¹³, au Conseil et au Parlement européen du 10 décembre 2000 annonçant un deuxième train de mesures. Trois mesures conjointes vont être proposées par la Commission, comprenant une proposition de directive et deux propositions de règlements. L'ensemble ainsi mis en œuvre énumère en premier lieu des moyens de prévention (a), des moyens de surveillance (b), des moyens de réparation (c).

¹¹⁰⁹ Lors d'une réunion du comité de la protection de l'environnement marin de l'OMI, voir l'article de Y. Van Der MENSBRUGGHE, *La poursuite des efforts entrepris par la Communauté Européenne 2001 concernant la sécurité maritime et la protection de l'environnement marin*, ADMO 2001, tome VI, p. 87.

¹¹¹⁰ Règlement 417/2002 du Parlement Européen et du Conseil du 18 février 2002 relatif à l'introduction accélérée des prescriptions en matière de double coque ou de normes de conception équivalentes pour les pétroliers à simple coque, JOCE L 64, 7 mars 2002, p. 1.

¹¹¹¹ La nouvelle réglementation de l'OMI – qui concernait le retrait des pétroliers simple coque - se rapproche alors du calendrier mis en place par l'OPA, Voir LENGAGNE G, QUENTIN D, *De l'Erika au Prestige : la politique européenne de sécurité maritime contrariée*, Rapport de l'Assemblée Nationale n°644, Ed. Kiosque de l'Assemblée Nationale, Paris, mars 2003, p. 31-32

¹¹¹² Par exemple, alors que la Commission proposait le retrait des pétroliers simple coque de catégorie 1 (les plus dangereux) en 2005, l'OMI décide que leur retrait n'interviendra pas avant 2007, pour les pétroliers de catégorie 2, la Commission proposait un retrait en 2010, l'OMI a retenu l'année 2015, Ibid.

¹¹¹³ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen du 10 décembre 2000 sur un deuxième train de mesures communautaires en matière de sécurité maritime suite au naufrage du pétrolier Erika, op. cit.

a. Des moyens de prévention.

Dans sa communication, la commission propose, dans un premier temps, la modification de la directive 93/75/CEE du 13 décembre 1993¹¹¹⁴, afin de parvenir à une amélioration de la surveillance du trafic dans les eaux européennes. Sur la base de la proposition de la Commission, est adoptée la directive 2002/59/CE du 27 juin 2002¹¹¹⁵ relative donc à la création d'un système européen de surveillance du trafic en mer.

Il s'agit d'assurer le suivi des navires (aussi bien du fret transporté que du trajet suivi) notamment dans les zones à risques, de faciliter leur identification par des moyens électroniques, d'améliorer l'accueil des navires en détresse, ou même d'empêcher qu'un navire appareille en dépit de conditions météorologiques estimées périlleuses. Ces dispositions, dont l'importance est parfois soulignée, seront reprises et complétées par des mesures relatives à l'identification du navire ainsi qu'au suivi de ses déplacements.

b. Des moyens de surveillance.

Ces moyens sont consignés par la Commission dans une *proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime*¹¹¹⁶. Un projet qui verra le jour le 27 juin 2002, à travers le règlement 1406/2002¹¹¹⁷. Créée en 2003, installée à Lisbonne, l'AESM sera le fer de lance de la politique arrêtée dans une optique de vigilance accrue. Sur les plans scientifique et technique, elle apporte une aide à la Commission pour ce qui relève de la prévention des pollutions marines ou de la sécurité maritime. Au-delà de ceci elle assure encore une diversité de tâches. Elle a compétence pour participer aux enquêtes en cas d'accident maritime.

Notons, dans le même ordre d'idées que, dans le cadre occasionnellement contesté de la *comitologie*¹¹¹⁸, un Comité pour la sécurité maritime et la prévention de la pollution a vu le

¹¹¹⁴ Directive 93/75/CEE du 13 décembre 1993 relative aux conditions minimales exigées pour les navires à destination des ports maritimes de la Communauté ou en sortant et transportant des marchandises dangereuses ou polluantes, JOCE L 247 du 5 octobre 1993.

¹¹¹⁵ Directive 2002/59/CE du 27 juin 2002 du Parlement Européen et du Conseil relative à la mise en place d'un système communautaire de suivi du trafic des navires et d'information, JOCE L 208, 5 août 2002, p.10

¹¹¹⁶ Dans leur rapport, Guy Lengagne et Didier Quentin souligne que « *c'est délibérément que la commission a préconisé la formule de l'Agence, plutôt que celle de gardes-côtes européens, dont l'action se substituerait à celle des administrations maritimes nationales. Elle a, en effet, écarté l'idée de s'inspirer du système américain des garde-côtes, en raison de fortes disparités caractérisant les structures administratives des états membres* », LENGAGNE G. et QUENTIN D., *De l'Erika au Prestige : la politique européenne de la sécurité maritime contrariée*, op. cit., p. 29

¹¹¹⁷ Règlement 1406/2002/CE du Parlement Européen et du Conseil du 27 juin 2002 instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime, JOCE L. 208, 5 août 2002, p. 1

¹¹¹⁸ Au sujet de la comitologie, lire l'article critique de Cédric Montfort : *Comitologie in Dictionnaire juridique de l'UE* Cédric Montfort, docteur en droit (sujet de thèse : « *La loyauté des pratiques commerciales en droit communautaire du marché* ») enseigne à l'Université Lyon III.

jour en 2002, fonctionnant à Bruxelles, en aval de la Commission. Son rôle est consultatif. « *La modestie de sa mission*, constatent Pierre Bonassies et Christian Scapel, *permet de penser qu’aucun conflit ne se produira entre lui et l’Agence, organe qui pourrait – et sans doute devrait – développer une politique personnelle* ¹¹¹⁹ ».

c. Des moyens de réparation.

Au titre du *paquet* Erika II, la Commission propose enfin l’amélioration du régime d’indemnisation des dommages résultant des pollutions par hydrocarbures, ayant pleinement constaté¹¹²⁰ la difficulté pour les victimes d’obtenir une indemnisation satisfaisante de leur préjudice auprès du Fipol¹¹²¹.

Ces moyens de réparation font l’objet d’une *proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relative à la mise en place d’un Fonds d’indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures dans les eaux européennes et d’autres mesures complémentaires*. Il s’agit de compléter le système international (CLC/FIPOL), dont le plafond de garantie de deux cents millions d’euros paraît fort insuffisant, par un troisième niveau de garantie, le fonds COPE (Compensation for Oil Pollution in European waters fund), « *destiné à dédommager les victimes des marées noires dans les eaux européennes(...)* Le fonds COPE¹¹²² sera financé par les entreprises européennes réceptionnant plus de 150.000 tonnes de pétrole brut et/ou de fuel lourd par an, au prorata des quantités reçues.¹¹²³ »

Ce fonds devait compléter, à concurrence d’un plafond de 1 milliards d’euros¹¹²⁴, l’indemnisation des victimes en cas de dépassement du plafond instauré pour le Fipol¹¹²⁵.

Encore une fois ce projet de la Commission suscitera de vives critiques¹¹²⁶ : on lui reprochera son caractère unilatéral et transgressif par rapport au cadre international du droit maritime. Encore une fois le Conseil estimera que la question de la création d’un fonds d’indemnisation doit être prioritairement discutée dans le cadre de l’OMI, de sorte qu’il ne

¹¹¹⁹ Bonassies P., Scapel Chr. *Droit maritime*, édition 2010, op. cit. p. 105 (n° 137).

¹¹²⁰ Pour le professeur BEURIER par exemple, « Les défauts du FIPOL étaient apparus nettement dans la prise en compte des dommages de l’Erika ... », in *La sécurité maritime et la protection de l’environnement : évolutions et limites*, DMF 2004, p. 105

¹¹²¹ Le FIPOL est un fonds mis en place par la Convention internationale portant création d’un Fonds international d’indemnisation pour les dommages dus à la pollution par hydrocarbures, signée à Londres le 20 novembre 1992.

¹¹²² Voir l’article de C. ROCHE, *Prévention et lutte contre la pollution des mers par les hydrocarbures : les derniers développements communautaires*, Revue du marché commun et de l’Union Européenne n° 472, octobre – novembre 2003, p. 606

¹¹²³ Voir site Europa

¹¹²⁴ Egal à celui prévu dans l’Oil Pollution Act Américain de 1990.

¹¹²⁵ Ce plafond équivalait à 171 millions d’euros en 2000.

¹¹²⁶ Voir Lengagne G. et Quentin D., Rapport d’information déposé par la délégation de l’Assemblée nationale pour l’Union européenne, sur la sécurité maritime en Europe, 4 mars 2003, n° 644.

donnera pas suite à la proposition de la Commission. Mais une conférence internationale se tiendra, du 12 au 16 mai 2003 à Londres et le fonds Fipol se dotera d'un plafond de près d'un milliard d'euros. Ce geste bilatéral de conciliation montre un désir d'œuvrer de conserve, et l'attitude du Conseil, illustre bien quant à lui la volonté de l'Union de coopérer, non de supplanter l'OMI dans ses attributions.

Au terme de ceci, l'Union européenne, bravant tant soit peu l'ordre international maritime et notamment l'OMI, s'autorisant pour cela d'un état d'urgence assez difficile à mettre en doute, a pris d'audacieuses décisions. Non pas sans susciter de vives critiques à l'endroit de ce qui peut passer pour un coup de force. Or la Commission, sans s'y arrêter, voudra poursuivre en assurant de haute lutte une consolidation des dispositions ci-dessus.

Le désir d'affermir et d'aller plus avant prendra cette fois-ci du temps mais aboutira, des années plus tard à l'adoption d'un autre ensemble normatif : le troisième – est-ce vraiment le dernier ? - des « *paquets* » portant le nom d'Erika. Mais il faudra, pour y arriver, passer outre une levée de boucliers, les hostilités s'étant cristallisées de très sensible façon. On pourra donc parler de lutte pour la consolidation.

B. La lutte pour la consolidation.

Le naufrage du Prestige¹¹²⁷, le 19 novembre 2002, va ranimer la flamme du débat. La marée noire imputable à cette catastrophe maritime a souillé tour à tour les côtes espagnoles et françaises en suscitant un mouvement dans l'opinion publique. Cet événement pèsera lourd dans la lutte entreprise alors pour consolider les acquis ci-dessus. Nous ferons d'abord état de mesures intermédiaires (1), puis de l'adoption du paquet Erika III (2).

1. Les mesures intermédiaires.

Autant qu'après le naufrage de l'Erika les réactions suivant la catastrophe du Prestige ont un aspect violemment accusateur. On pointe du doigt l'inconscience et surtout la vénalité de certains armateurs. On dénonce également l'inertie de la Communauté mais aussi l'inaptitude des Etats¹¹²⁸ qui, tous, paraissent pareillement inaptes à protéger les mers et les côtes. La réaction de la Commission ne se fait pas attendre, elle estime que la catastrophe du Prestige est d'abord la traduction d'un manque d'ambition de l'OMI, comme, aussi bien,

¹¹²⁷ Voir sur ce point le mémo de la Commission Européenne du 28 août 2003, *Mers plus sûres : un combat bien engagé*, voir le site d'europa

¹¹²⁸ On a notamment reproché aux autorités espagnoles de n'avoir pas dirigé le Prestige vers un lieu de refuge, afin de tenter de contenir une éventuelle pollution. Sur les lieux de refuge voir JANBON L., *Les lieux de refuge*, op. cit., p. 157- 167.

d'une mauvaise adoption, d'une mauvaise application de ses propres propositions. « *la catastrophe causée par le Prestige montre clairement que les règles adoptées ... n'étaient pas assez ambitieuses. Ceci va changer. J'espère que les mesures que nous proposons aujourd'hui entreront rapidement en vigueur, afin que les menaces qui pèsent sur notre environnement maritime et côtier soient radicalement et promptement réduites* »¹¹²⁹. Par voie de conséquence, elle invite au renforcement des règles existantes, ainsi qu'à l'effective application de ces dernières.

On se persuade alors que la Communauté veut imposer sa source légale aux acteurs du droit maritime. Et, de fait, le 3 décembre 2002, la Commission fait paraître une communication nouvelle¹¹³⁰.

Dans cette communication, la Commission rappelle aux Etats membres et au Conseil que si ses propositions précédentes avaient été pleinement adoptées, pleinement appliquées, le naufrage du Prestige aurait pu s'éviter.

Cette communication sera suivie d'une proposition de directive¹¹³¹ visant à instaurer des sanctions, notamment pénales, en cas d'infractions de pollution par les navires, incluant la haute mer.

La question de la compétence de la Communauté pour agir en matière pénale va être l'occasion d'opposer la Commission européenne au Conseil. Seul compétent pour agir en matière pénale, le Conseil décide de renforcer le respect de la réglementation communautaire en matière de protection de l'environnement en instaurant des sanctions pénales à l'égard des contrevenants. S'appuyant sur les articles 29 et suivants du traité CE, il adopte donc une décision-cadre¹¹³² le 27 janvier 2007, « *dans laquelle il obligeait les Etats à adopter de façon concertée des sanctions pénales à l'encontre des auteurs des atteintes à l'environnement. La décision cadre liait les Etats quant aux résultats à atteindre, mais leur laissait une totale liberté quant aux moyens à mettre en place. Elle énumérait les agissements qui devaient être réprimés, elle les classait selon une échelle de gravité susceptible d'encadrer le niveau des*

¹¹²⁹ De Palacio L., salle des presses de la Commission européenne, 20 décembre 2002, IP 02 :1953. Loyola de Palacio fut vice-présidente de la Commission européenne de 1999 à 2004.

¹¹³⁰ Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil du 3 décembre 2002 sur le renforcement de la sécurité maritime suite au naufrage du pétrolier Prestige, COM (2002) 681 final

¹¹³¹ Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil du 5 mars 2003 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions, notamment pénales, en cas d'infractions de pollution, COM (2003) 92 final

¹¹³² Décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JOCE L 29 du 5.2.2003, p. 55-58

peines susceptibles d'être prononcées »¹¹³³. Ce faisant Le Conseil se place sous l'empire du 3^{ème} pilier relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Contestant la base juridique sur laquelle s'appuie le Conseil, la Commission européenne introduit le 15 avril 2003 un recours devant la CJCE afin de voir annuler la décision-cadre. Pour la Commission, « *La protection de l'environnement constitue un des objectifs de l'UE s'inscrivant ainsi dans le cadre du 1^{er} pilier communautarisé, avec des mécanismes propres de décision* »¹¹³⁴.

Estimant que la Communauté était compétente pour agir au plan pénal lorsque « *l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les Etats-membres constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement* »¹¹³⁵, la Cour de Justice¹¹³⁶ annule cette décision-cadre le 13 septembre 2005.

La proposition de directive de la Commission voit le jour le 7 septembre 2005, à travers la directive 2005/ 35/CE¹¹³⁷. Il faut cependant noter qu'elle est amputée d'une partie de ses ambitions, le Conseil, une fois de plus, s'étant montré moins ambitieux que ne l'aurait souhaité la Commission¹¹³⁸. Cette dernière envisageait d'imposer aux Etats membres un recours systématique à des sanctions pénales¹¹³⁹ à l'encontre de responsables de pollution, soit délibérée soit provoquée par une négligence grave. Le Conseil, quant à lui, va préférer ne pas l'imposer jugeant seulement, de façon plus générale et plus propre à l'interprétation, que « *Les Etats devront prendre toutes les mesures pour garantir que les infractions décrites dans la directive fassent l'objet de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui peuvent inclure des sanctions pénales et financières* »¹¹⁴⁰.

Cette directive érige en infraction pénale tout rejet d'hydrocarbures ou de certaines autres substances liquides nocives par un navire, lorsque ces rejets ont pour conséquence une détérioration de la qualité de l'eau. Cette directive s'applique à tout navire quel que soit son

¹¹³³ Claudia Ghica-Lemarchand, *Mer et responsabilité pénale*, in *Mer et responsabilité*, (sous la dir.de) Annie Cudennec et Cécile De Cet Bertin, Editions A. Pedone, Paris 2009, p. 197

¹¹³⁴ Ibid.

¹¹³⁵ CJCE 13 septembre 2005, Commission c/ Conseil, Aff. C-176/03 (point 48)

¹¹³⁶ Ibid.

¹¹³⁷ Directive 2005/35/CE du septembre 2005 du Parlement Européen et du Conseil relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions, notamment pénales, en cas d'infraction de pollution, JOUE L 255 du 30 septembre 2005, p.11

¹¹³⁸ La commissaire européenne chargée des transports, Loyola De Palacio, souligne que « *le texte est un pas dans la bonne direction, mais il n'est qu'un minimum minimorum si nous voulons avoir un effet dissuasif face aux voyous de la mer.* » Communiqué de presse in actu-environnement

¹¹³⁹ Article 6- 2 de la proposition de directive.

¹¹⁴⁰ Article 6 de la proposition de directive telle que modifiée par le Conseil, in communiqué de presse de la Commission, site europa.

navire et concerne toutes les eaux dans lesquelles ces rejets ont été commis (eaux intérieures, y compris les ports d'un pays de l'Union européenne, mer territoriale d'un pays de l'Union européenne, zone économique exclusive d'un pays de l'Union européenne, et même en haute mer !). La directive prévoit la possibilité d'engager poursuites pénales aussi bien contre des personnes morales¹¹⁴¹ que physiques, lorsque ces dernières ont agi de manière intentionnelle et téméraire¹¹⁴² ou se sont rendues responsables d'une négligence grave.

A la suite de l'adoption de cette directive, une nouvelle décision cadre¹¹⁴³ va être prise afin de préciser les limites des sanctions pénales. Une nouvelle fois la CJCE¹¹⁴⁴ va être saisie par la Commission et elle confirmera sa jurisprudence antérieure¹¹⁴⁵. Consécutivement à cette décision, la directive 2005/35/CE sera modifiée le 21 octobre 2009¹¹⁴⁶.

Sur un plan différent, le 20 décembre 2002, la Commission présente au Parlement comme au Conseil, une proposition de règlement¹¹⁴⁷ visant à prohiber le transport d'hydrocarbures lourds dans des pétroliers à simple coque, en provenance ou au départ d'un port communautaire.

Certains¹¹⁴⁸ ont une nouvelle fois reproché à la Commission d'avoir, comme les Etats-Unis, fait d'une part le choix de l'unilatéralisme en s'écartant du cadre international et d'avoir cru, d'autre part, que la solution des doubles coques¹¹⁴⁹ était la solution miracle¹¹⁵⁰. Le 22

¹¹⁴¹ Dans ce cas les personnes morales doivent être de droit privé, sont en effet exclus les Etats, les organismes publics et les organisations internationales publiques.

¹¹⁴² C'est-à-dire, précise la directive, alors que le responsable avait conscience que son rejet entraînerait un probablement dommage.

¹¹⁴³ Décision-cadre 2005/667/JAI du Conseil du 12 juillet 2005 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires, JOCE n° L 255, p. 164

¹¹⁴⁴ CJCE 23 octobre 2007, Commission c/ Conseil de l'UE, Aff. C-440/05

¹¹⁴⁵ Sur ce point voir Cudennec A., *La Communauté européenne est compétente pour agir au plan pénal*, DMF 2008.690.

¹¹⁴⁶ Directive 2009/123/CE du 21 octobre 2009 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2005/35/CE relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, JOUE L 280 du 27 octobre 2009, p52

¹¹⁴⁷ Proposition de règlement modifiant le règlement 417/2002/CE du Parlement Européen et du Conseil du 18 février 2002 relatif à l'introduction accélérée des prescriptions en matière de double coque ou de normes de conception équivalentes pour les pétroliers à simple coque et abrogeant le règlement CE 2978/94 du Conseil, COM (2002) 780 final.

¹¹⁴⁸ Ce fut le cas du Royaume Uni qui a explicitement reproché à l'Union Européenne d'avoir choisi la voie de l'unilatéralisme. Cela encore le cas de la Belgique qui estimait que la question du retrait des navires simples coques devait obligatoirement être traitée au niveau international, Voir LENGAGNE G. et QUENTIN D., *De l'Erika au Prestige : la politique européenne de la sécurité maritime contrariée*, op. cit., p. 73.

¹¹⁴⁹ Pour Francis VALLAT, « *Le combat pour ou contre les doubles coques est dépassé. Avec l'OPA 90, les Etats-Unis ont gagné plus qu'une bataille, ils ont gagné la guerre... il s'agit d'un débat clos, probablement définitivement. Ce qui compte dorénavant c'est de faire des doubles coques la meilleure solution* », in VALLAT F., *Les doubles coques, une question encore d'actualité !*, La revue maritime n° 466, 2003, p. 70-79.

¹¹⁵⁰ La solution au problème de la sécurité des navires ne se trouve pas davantage dans une double coque que dans une simple, mais dans l'entretien apporté au navire. Les experts ont d'ailleurs démontré que la double coque présente, elle aussi, un certain nombre d'inconvénients, sur ce point voir M. BOISSIER P. PDG des chantiers de l'Atlantique estime que les navires doubles coques sont largement aussi dangereux que les navires

juillet 2003, cependant, un règlement 1726/2003¹¹⁵¹ du Parlement européen et du Conseil modifiera le règlement 417/2002, entérinant du même coup la solution proposée. Ce nouveau règlement précise¹¹⁵² qu'aucun pétrolier transportant des hydrocarbures lourds, et ceci quel que soit son pavillon, n'est autorisé¹¹⁵³ à pénétrer dans un port communautaire ou à en sortir à moins qu'il ne soit équipé d'une double coque¹¹⁵⁴. De plus ce règlement adopte un calendrier de retrait des navires simple coque tout aussi strict que celui prévu par l'Oil Pollution Act américain.

Sous la pression exercée par l'Union, l'OMI modifiera finalement la convention MARPOL afin que l'ensemble de la flotte mondiale des pétroliers soit soumis au même régime que celui de l'Union européenne.

Les critiques à l'égard de l'action européenne en la matière on de quoi se soutenir : il s'agit bel et bien d'un coup de force. On jugera que la régionalisation du droit maritime au moyen d'une création de normes au niveau de l'Union européenne est regrettable et relève de l'erreur : cela dans la mesure où l'éparpillement doit se regarder comme un mal et qu'à rebours il faut tout mettre en œuvre afin de progresser vers une cohérence internationale. Est-il assuré pourtant que les initiatives de la Commission, notamment ces mesures intermédiaires évoquées ci-dessus, n'ont pas apporté leur pierre à cet édifice ? Elles ont fait réagir l'OMI qui a réagi dans le bon sens.

Qui souhaiterait réfléchir au droit mais encore aux faiblesses du droit, ses maladies, ses risques de mourir, doit peut-être avoir dans l'esprit cette vérité que Machiavel n'eût pas désavouée : le droit, le juste droit, le souhaitable droit, s'établit quelquefois par un combat contre le droit. L'Histoire en atteste. Un paradoxe assurément, très peu favorable au repos des certitudes reçues. La vérité n'a peut-être pas qu'un seul visage et cela s'aperçoit dans les approches dissociées de la Commission d'une part et du Conseil de l'autre : y a-t-il désaccord ? D'un côté les ambitions de pouvoir d'une Commission que presque rien ne bride et, de l'autre côté, la prudence du Conseil mieux averti des arcanes de la politique ? Ou serait-

simple coque voir davantage, Voir LANDRAIN E. et PRIOU C., *De l'Erika au Prestige : la mer de tous les vices*, op. cit., p. 316-317.

¹¹⁵¹ Règlement 1726/2003/CE du Parlement Européen et du Conseil du 22 juillet 2003 modifiant le règlement 417/2002/CE relatif à l'introduction accélérée des prescriptions en matière de double coque ou de normes de conception équivalentes pour les pétroliers à simple coque, JOUE L 249 du 1er octobre 2003, p. 1.

¹¹⁵² Article 1, 1) du règlement.

¹¹⁵³ Le règlement prévoit cependant quelques exceptions, par exemple le pétrolier sera dispensé de double coque s'il est exclusivement utilisé pour la navigation intérieure, ou encore s'il est d'un port en lourd inférieur à 5000 tonnes. Enfin, dans des circonstances exceptionnelles, l'autorité compétente d'un état membre peut autoriser un pétrolier simple coque à entrer dans l'un de ses ports et ceci lorsque : le pétrolier est en difficulté ou à la recherche d'un refuge, ou lorsque le pétrolier, non chargé, se dirige vers un port pour y être réparé.

¹¹⁵⁴ Ou simple coque mais « de normes de conception équivalentes à la règle 13 F de l'annexe I de Marpol 73/78 »

ce un jeu convenu pour stimuler, voire inspirer l'action de l'OMI ? Peut-être une mise en garde : il doit se savoir que l'UE n'acceptera plus de rester passive et que, tout en affirmant toujours sa soumission fidèle à l'instance internationale, elle entend intervenir à chaque occasion de besoin.

Le nouveau train de mesures en témoigne.

2. *Les propositions à l'origine du paquet Erika III.*

La Commission européenne n'en est donc pas restée au stade atteint précédemment, proposant, dans une communication du 23 novembre 2005¹¹⁵⁵, un troisième train de mesures, appelé de manière inappropriée paquet Erika 3. L'appellation passera pour inopportune en ceci que les marées noires, en vérité, sont maintenant loin. Si bien qu'on ne peut plus parler de normes créées dans l'urgence à moins de retenir qu'il s'agit bien de consolider les dispositions que l'urgence avait dictées. M. Philippe Boisson note à cet égard que « [...] *ces propositions vont au-delà de la simple réaction à un accident déterminé. Elles ont pour objectif de compléter le dispositif européen de sécurité maritime existant en renforçant l'efficacité des mesures existantes et en contribuant ainsi à la compétitivité de la flotte sous pavillon européen* »¹¹⁵⁶.

La Commission mesurant l'intérêt de ménager le niveau international admet dans sa communication que l'action internationale « [...] *reste généralement préférable à l'action régionale lorsqu'elle permet d'atteindre des niveaux de protection élevés* ».

La vocation de ce nouveau train de mesures est de durcir la législation européenne existante et de transposer certains instruments internationaux dans le droit de l'union européenne afin de les rendre contraignants.

Les propositions de la commission européenne furent au nombre de sept et concernaient :

- L'amélioration de la qualité des pavillons européens
- La refonte de la législation en matière de contrôle par l'État du port
- La modification de la directive sur le suivi du trafic
- L'amélioration des règles en vigueur concernant les sociétés de classification
- Le développement d'un cadre européen harmonisé pour les enquêtes après

accident

¹¹⁵⁵ Communication de la commission du 23 novembre 2005 relative à un Troisième Paquet de mesures législatives en faveur de la sécurité maritime dans l'Union européenne, COM(2005) 585 final

¹¹⁵⁶ Boisson P., *L'adoption du troisième paquet ne vient pas modifier les équilibres fondamentaux du système de sécurité maritime*, DMF 2009.705

- L'introduction des réglementations garantissant une juste indemnisation des passagers en cas d'accident.

- L'introduction d'une directive sur la responsabilité civile des propriétaires de navires couplée à un système d'assurance obligatoire.

Ces propositions de la commission vont conduire à l'adoption de six directives¹¹⁵⁷ et de deux règlements¹¹⁵⁸. Mais ces nouveaux instruments ne combleront pas toutes les ambitions de la commission, le conseil s'étant une nouvelle fois montré très hostile à certaines propositions susceptibles d'entraîner une fragmentation du droit maritime international.

Le paquet Erika III, plus tardif, mis en chantier dès décembre 2005 mais ralenti par des désaccords entre le Conseil et le Parlement, n'a vu le jour que le 11 mars 2009 sous la présidence française de l'Europe et nous avons vu qu'entre temps le naufrage du pétrolier *Prestige* au sud du Golfe de Gascogne est venu marquer d'une pierre noire, à nouveau, la liste étendue des pollutions littorales. On peut penser que le paquet Erika III joue pour l'essentiel un rôle de mise à jour et de renforcement ; mais il présente aussi des innovations. « *Ce 'paquet', publié au Journal officiel de l'Union européenne du 28 mai 2009 (n° L. 133) contient en définitive peu de règles nouvelles. Pour l'essentiel il met à jour, 'refond', des textes antérieurs (textes sur les organismes d'inspection et de visite des navires, le système communautaire de suivi des navires) ou prévoit des mesures techniques sur les enquêtes après accident. Trois textes cependant sont nouveaux : une directive sur les obligations de*

¹¹⁵⁷Directive 2009/16/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative au contrôle par l'État du port, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p. 57.

Directive 2009/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 2002/59/CE relative à la mise en place d'un système communautaire de suivi du trafic des navires et d'information, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p. 101.

Directive 2009/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 établissant les principes fondamentaux régissant les enquêtes sur les accidents dans le secteur des transports maritimes et modifiant la directive 1999/35/CE du Conseil et la directive 2002/59/CE du Parlement européen et du Conseil, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p. 114.

Directive 2009/15/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 établissant des règles et normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires et les activités pertinentes des administrations maritimes, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p. 47.

Directive 2009/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant le respect des obligations des États du pavillon, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p. 132.

Directive 2009/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à l'assurance des propriétaires de navires pour les créances maritimes, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p. 128.

¹¹⁵⁸Règlement (CE) n° 391/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 établissant des règles et normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p. 11.

Règlement (CE) n° 392/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relatif à la responsabilité des transporteurs de passagers par mer en cas d'accident, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p. 24.

*l'Etat du pavillon, une directive sur l'assurance des propriétaires de navires, enfin un règlement sur la responsabilité du transporteur de passagers.*¹¹⁵⁹ »

Le « paquet » Erika III se compose, au total, de huit textes. On peut juger que ce « paquet » se caractérise à la fois par un souci marqué d'une vigilance renforcée (a), par un durcissement mais encore un élargissement des contraintes (b) et tout aussi bien par les oppositions qu'il a rencontrées, suffisantes en tout cas pour en ralentir l'adoption (c).

a. Le souci d'une vigilance renforcée.

Le souci d'une plus grande circonspection se traduit successivement par le renforcement des contrôles (a-1), le rappel que ces contrôles, au premier chef, concernent les navires battant un pavillon de l'Europe (a-2), la réorganisation des organismes de contrôle (a-3), le réexamen des moyens de surveillance (a-4), l'enquête après le sinistre éventuel (a-5).

a-1- Le renforcement des contrôles.

Il s'agit d'étendre le champ des contrôles et en augmenter les moyens : deux textes y concourent selon deux différentes voies, portant sur l'efficacité des contrôles pour l'un, sur les organismes de contrôles pour l'autre. Aboutir à des contrôles plus rigoureux, voilà ce que propose un premier texte, la directive 2009/16/CE¹¹⁶⁰ sur le contrôle par l'Etat du port. Cette directive ouvre des obligations nouvelles aux Etats du port notamment dans le domaine de la bonne formation d'inspecteurs en nombre suffisant.

Le contrôle annuel par les Etats de 25% des navires entrant dans leurs ports, ordinairement bien respecté¹¹⁶¹, laisse la place au projet d'un contrôle global annuel de 100% au terme d'un mémorandum d'entente signé à Paris, *accord international en vertu duquel l'UE partage la charge du contrôle par l'Etat du port avec le Canada, la Croatie, l'Islande, la Norvège, la Fédération de Russie et la Slovénie*¹¹⁶².

A cela s'ajoute la mise en place d'un système paneuropéen d'analyse et de coordination très avancé : le système THETIS, et la mise en avant de la notion de profil de risque du navire. « *THETIS améliorera l'efficacité et la qualité des visites et des inspections effectuées dans les ports européens par l'Etat du port, tout en concentrant les efforts sur les*

¹¹⁵⁹ Bonassies P et Scapel C., Droit maritime, op. cit., p. 104

¹¹⁶⁰ Directive déjà citée

¹¹⁶¹ A la notable exception de l'Irlande (21% en 2001) mais surtout de la France, rappelée à l'ordre par l'UE, dernière de la classe avec 9,6% en 2001, source : Site Internet d'europa

¹¹⁶² Pour cette modification de la stratégie comme pour la mise en place du système THETIS, voir l'article de presse *Sécurité maritime: la Commission travaille sur un projet majeur en vue d'améliorer les inspections techniques des navires dans les ports européens* sur le site Internet d'europa

*navires les plus suspects et en allégeant la pression sur les navires satisfaisant pleinement aux normes*¹¹⁶³.»

Le champ des contrôles est en outre étendu : l'inspecteur vérifiant notamment les certificats d'assurance, l'organisation de la sécurité à bord... Les navires plusieurs fois contrôlés sous normes encourront le risque, à titre définitif, de se voir refuser l'entrée dans les eaux de l'Europe. Une liste d'opérateurs négligents sera par ailleurs établie.

Dans le même esprit, s'ajoutant à la directive 2009/16/CE, une autre directive 2009/15/CE¹¹⁶⁴ établissant des règles et normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires et les activités pertinentes des administrations maritimes vient reprendre et préciser les dispositions de la directive 2001/105/CE¹¹⁶⁵ du 19 décembre 2001 (paquet Erika I).

a-2- Les contrôles également effectués sur les navires européens

Le texte qui le rappelle, la directive 2009/21/CE¹¹⁶⁶ sur les obligations de conformité de l'Etat du pavillon, inversant sensiblement la perspective, est adressé aux Etats de l'Union mais non plus dans leur rôle de contrôleurs. Ils sont aperçus comme ceux dont les navires, aussi, seront l'objet d'un contrôle. Il est rappelé que les navires arborant l'un des pavillons de l'Union devront, aux termes de cette directive, être en conformité pleine avec les règles internationales de l'OMI, notamment les conventions Solas et Marpol. Il s'agit de responsabiliser les Etats membres en faisant apparaître de surcroît – car l'intérêt, dit-on, mène les hommes - que les navires battant un *respectable* pavillon seront contrôlés moins souvent. Des ententes en ce sens pourront être conclues avec des pays tiers.

a-3- La réorganisation des organismes de contrôle.

Le contrôle approfondi, systématique et renouvelé d'un navire utilisé pour le transport de substances dangereuses ou polluantes est d'un intérêt majeur. Les événements se sont chargés de le rappeler. Ce contrôle au demeurant ne peut porter tous ses fruits que s'il est effectué par un organisme indiscutablement compétent, particulièrement attentif, et peu susceptible de se laisser tenter par la corruption. D'où l'intérêt d'une réorganisation des organismes de contrôle. Le texte qui aborde ce point, la modification de la directive sur les

¹¹⁶³ Ibid.

¹¹⁶⁴ Directive déjà citée.

¹¹⁶⁵ Directive déjà citée, voir Paquet Erika I

¹¹⁶⁶ Directive, déjà citée

sociétés de classification, le Règlement 391/2009¹¹⁶⁷, est une refonte de la directive d'Erika I relative aux organismes de contrôle. Elevés en dignité comme en responsabilité, grandis dans leur rôle, ils auront plus à faire et plus à perdre. En clair, les Etats membres auront pouvoir de confier leur obligations de contrôle et de certification des navires auxdites sociétés de classification qui pourront intervenir de ce fait dans un cadre plus solennel et plus strict. Les obligations que ces organismes ont à remplir pour mériter l'agrément communautaire seront renforcées : compétence, transparence et responsabilité puis, dans le respect de leurs indépendances réciproques, une exigence de coopération. Dans un esprit d'efficacité plus grande, un système de sanctions plus graduel que la suspension provisoire ou le retrait d'agrément sera mis en place à l'usage des sociétés virtuellement défailtantes, incluant des pénalités financières.

a-4- Un retour sur les moyens de surveillance.

Le texte ici en cause est une refonte du règlement d'Erika II relatif aux moyens de surveillance. Il s'agit de *la Directive 2009/17/CE¹¹⁶⁸ sur la gestion et les systèmes d'information du trafic maritime. Cette directive appelle les Etats membres à l'organisation plus étroitement surveillée du trafic longeant leurs côtes afin de limiter les risques d'événements graves ou d'en atténuer les effets. C'est ainsi que lesdits Etats devront :*

- convenir d'un suivi très précis du trafic (système AIS, boîtes noires)
- inventorier tout au long du littoral les ports pouvant, au besoin, fournir un refuge,
- instituer le pôle indépendant de décision qui jugera de l'opportunité d'une opération de sauvetage et désignera le port d'accueil du navire en difficulté,
- généraliser le recours au réseau d'échanges de données de l'Agence européenne de sécurité maritime (le réseau *SafeSeaNet*) afin de connaître les mouvements et cargaisons des navires,
- inciter les navires de pêche à s'équiper d'un système automatique d'identification, le rendant progressivement obligatoire à bord des navires de plus de quinze mètres.
- Exercer, notamment pour les Etats riverains de la Baltique où circule un nombre accru de pétroliers, la surveillance la plus pointue sur la formation des glaces éventuellement périlleuses pour la navigation.

¹¹⁶⁷ Règlement déjà cité.

¹¹⁶⁸ Directive déjà citée.

a-5- L'enquête après le sinistre.

Le texte examinant ce point particulier, la Directive 2009/18/CE¹¹⁶⁹ sur les enquêtes sur les accidents maritimes, développe un point lui aussi porté par le règlement d'Erika II relatif aux moyens de surveillance et traitant surtout de l'enquête après le sinistre, enquête placée sous la responsabilité de *Agence européenne pour la sécurité maritime*, l'AESM. Cette directive a pour objet de définir à l'échelle de l'Europe un processus d'enquêtes techniques après la survenue d'un événement de mer et d'asseoir en droit ce processus. Il s'agit pour l'essentiel :

- d'instituer une démarche commune entre les Etats membres et de mettre un terme à la situation constatée qui représente « *une carence notable dans le domaine de la politique de sécurité maritime de l'Union.* ¹¹⁷⁰ »

- non d'établir les responsabilités – car il s'agit d'une enquête technique et non d'un jugement – mais de clarifier les circonstances et d'identifier les causes afin qu'une politique de prévention puisse être inspirée de ces constats.

- de rendre obligatoire à l'échelle de l'Europe une mise en commun des données recueillies, là où le Code de conduite international adopté par l'OMI en 1997 est purement incitatif : « *l'application des recommandations du Code de l'OMI pour la conduite des enquêtes techniques repose sur la bonne volonté des Etats du pavillon impliqués dans les événements de mer. De fait, la contribution de certains États du pavillon à l'amélioration de la sécurité maritime par une gestion appropriée du retour d'expérience est faible pour ne pas dire nulle*¹¹⁷¹. » L'extension à des pays tiers de la coopération mise en place entre Etats membres est au demeurant souhaitée.

- d'obtenir des Etats membres la création d'organismes indépendants chargés de ces enquêtes ou, le cas échéant, la consolidation de l'existant dans le sens souhaité.

Le passage en revue significatif des moyens de contrôle et de surveillance offre la possibilité d'élargir le champ des contraintes, en s'adressant aux vigilances éteintes ou trop mollement exercées mais encore aux indifférences coupables. On se propose ainsi, peut-être bien de débarrasser les routes des océans, peu à peu, de ces « *voyous des mers* », de ces irresponsables en vain dénoncés, qu'anime uniquement l'appât de gain, qui ne se laisseraient par aucun autre moyen troubler d'aucun scrupule.

¹¹⁶⁹ Directive déjà citée.

¹¹⁷⁰ Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil établissant les principes fondamentaux régissant les enquêtes sur les accidents dans le secteur des transports maritimes et modifiant les directives 1999/35/CE et 2002/59/CE, COM/2005/0590 final (alinéa 110, contexte de la proposition)

¹¹⁷¹ Ibid, alinéa 120.

b. Le durcissement des contraintes.

Il s'agit ici, par delà le souci d'éradiquer toute autre source d'abus, de fixer les obligations des propriétaires de navires au plan de la responsabilité civile (b-1), puis d'assurer dans de bonnes conditions la protection des passagers (b-2).

b-1- Les obligations des propriétaires de navires au plan de la responsabilité civile.

Le quatrième texte s'impose aux propriétaires de navires. Il s'agit de la Directive 2009/20/CE¹¹⁷² sur la responsabilité civile et les garanties financières. Cette directive a pour essentielle ambition d'étendre les obligations des propriétaires de navires au plan de la responsabilité civile.

Avant d'en entreprendre l'analyse, il est peut-être bon de rappeler les points qui suivent. Il est entendu que la notion de responsabilité civile du propriétaire d'un navire est loin d'être neuve. Il peut être bon de rappeler les points suivants qui sont objets de références nombreuses dans les textes européens récents, notamment relatifs au paquet Erika 3.

- Sur le plan général du transport maritime, la Convention signée à Londres, siège de l'OMI, le 19 novembre 1976 et connue sous le sigle anglais LLMC (pour *Limitation of Liability for Maritime Claims*) est la référence admise pour l'évaluation de la responsabilité civile pour le transport maritime. « Elle permet la constitution de fonds d'indemnisation qui représentent la contre-valeur monétaire du navire, dans le prolongement de la règle de droit maritime qui autorisait un propriétaire de navire à l'abandonner à ses créanciers pour solder leur créance.¹¹⁷³ » Les plafonds fixés, devenus obsolètes ont été relevés par le Protocole du 2 mai 1996, parfois désigné comme la Convention LLMC de 1996.

- S'agissant de responsabilité civile engagée par un phénomène de pollution marine, elle est à la base gérée par le système CLC/FIPOL et plus précisément son premier étage, la convention CLC¹¹⁷⁴. Cette convention a suivi de deux ans l'accident du *Torrey Canyon* qui déversa près de 120 000 tonnes de pétrole brut, en 1967, au large des côtes du Royaume-Uni. Signée donc en 1969, la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures est entrée en vigueur en 1975, suivie par la convention FIPOL de 1971 entrée en vigueur en 1978. « Ces deux conventions

¹¹⁷² Directive déjà citée.

¹¹⁷³ Rapport du Sénat français du 14 juin 2006, relatif au projet de loi pour l'adhésion de la France – au bout de dix ans, donc - au protocole de 1996 modifiant la convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes

¹¹⁷⁴ La notion de *responsabilité civile* est inscrite, en anglais, dans ce sigle CLC : *Civil liability convention*, sigle abrégé pour *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage*

ont institué un système à deux niveaux de responsabilité, reposant sur une responsabilité objective mais limitée pour le propriétaire du navire et sur un fonds, alimenté par les entités réceptionnant des hydrocarbures, qui fournit aux victimes de dommages par pollution par les hydrocarbures une indemnisation complémentaire lorsqu'elles ne peuvent pas être indemnisées complètement par le propriétaire.¹¹⁷⁵ ». Bien que remis à jour par la Convention de Londres de 1992 (entrée en vigueur en 1996), ce dispositif est fortement critiqué car il a pour effet de faire supporter la charge des catastrophes maritimes aux riverains et aux communes côtières.

- Signalons qu'une autre Convention de 1996, citée ci-dessous par le rapport du Sénat français du 14 juin 2006, également signée à Londres, la *Convention internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses*, inclut l'ensemble des produits chimiques et porte sur l'indemnisation des dommages aux personnes et aux biens, comprenant la remise en état des lieux souillés et divers préjudices économiques occasionnés le coût des opérations de nettoyage, les mesures de remise en état et les pertes économiques liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (SNPD ou HNS en anglais). Cette convention n'a jamais recueilli les ratifications nécessaires à son entrée en vigueur, ni pour le moment son protocole de 2010.

- Au total, bon nombre de textes associent le transport maritime de substances polluantes et la notion de responsabilité civile de l'armateur. Certains de ces textes ont une portée sectorielle. « *Trois conventions de l'OMI régissent ainsi des risques spécifiques : la Convention de 1992, sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, la convention de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses et la Convention de 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute*¹¹⁷⁶. Ces conventions, dont les deux dernières ne sont pas encore entrées en vigueur, constituent un écheveau particulièrement complexe de règles

¹¹⁷⁵ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relative à la mise en place d'un Fonds d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures dans les eaux européennes et d'autres mesures complémentaires, COM (2000)802 final

¹¹⁷⁶ Les *hydrocarbures de soute* sont les carburants que le navire utilise à son propre usage.

*d'indemnisation qui varient selon les Etats, selon qu'ils ont ratifié ou non ces conventions, et les risques concernés.*¹¹⁷⁷ »

Les mesures contenues dans le « paquet » Erika III se proposent d'aller plus loin notamment par :

La ferme obligation faite aux propriétaires de navires de s'assurer en responsabilité civile pour les dommages liés à la pollution marine. *Une exigence absolue pour les navires battant le pavillon de l'un des Etats membres de l'UE, les navires entrant dans l'un des ports de l'Union, les navires entrant dans les eaux territoriales d'un Etat membre à condition que ce dernier signifie sa décision sur ce point.* En effet, l'article 4 de la directive 2009/20/CE¹¹⁷⁸ dispose que : « *Chaque Etat membre exige des propriétaires de navires battant son pavillon qu'ils souscrivent une assurance couvrant les navires en question [et] que chaque Etat membre exige des propriétaires de navires battant un pavillon autre que le sien qu'ils aient souscrit une assurance lorsque ces navires entrent dans un port relevant de sa juridiction. Ce qui précède n'interdit pas aux Etats membres d'imposer, dans le respect du droit international, le respect de cette obligation lorsque ces navires opèrent dans leurs eaux territoriales* ». Cet article ajoute que l'assurance « [...] couvre les créances maritimes soumises à limitation au titre de la convention de 1996. Le montant de l'assurance pour chaque navire par événement est égal au montant maximal applicable pour la limitation de la responsabilité, conformément à la convention de 1996. » Dans le cas inverse, l'accès à tous les ports européens leur sera interdit. Cette disposition, rompant avec la tradition du droit maritime, était l'un des points de friction qui ont ralenti l'adoption du paquet Erika 3. Le cautionnement d'une banque ou d'un organisme financier susceptible de couvrir à pleine hauteur l'ensemble des dommages occasionnés par une *marée noire* est admis en substitution de l'assurance proprement dite.

La Commission n'a d'ailleurs pas caché son ambition de ne pas s'arrêter là. Ses propositions, datées de 2005 et qui ont donné jour au paquet Erika III, sont à ce sujet très claires : à terme elle aspire à remettre en cause un acquis du droit maritime extrêmement ancien. « *L'objectif est de faire en sorte que les propriétaires de navires perdent leur droit traditionnel à voir limiter leur responsabilité dès lors qu'ils ont commis une négligence grave.*¹¹⁷⁹ » On peut penser que la pollution des mers et du littoral est une absolue catastrophe

¹¹⁷⁷ A Boyer, rapport du sénat n° 395 sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale, autorisant l'adhésion au protocole modifiant la convention de 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes.

¹¹⁷⁸ Directive déjà citée

¹¹⁷⁹ Communiqué de presse, *Troisième Paquet Sécurité Maritime*, sur le site Internet d'euroopa

et que seule une menace à portée financière est à même, aujourd'hui, de freiner des emballements financiers mondiaux qu'aucune autre valeur ne tempère plus. Pour « être », le droit, parfois, doit être fort. Il lui reste à être clairvoyant. L'orientation choisie par la Commission reflète, ici, la raideur d'une institution qui n'a que peu de comptes à rendre et qui se manifeste à contre-courant des évolutions du droit. Car le droit prenait un autre chemin. C'est ainsi qu'en droit des sociétés, la société anonyme apparue au XIXe siècle, ainsi qu'au XXe siècle la Société à responsabilité limitée (SARL) ou l'Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) sont des instruments prévoyant la limitation de responsabilité. L'article L. 526-1 du Code de commerce et datant de 2003 permet à divers entrepreneurs de « déclarer insaisissables [leurs] droits sur l'immeuble où est [fixée leur] résidence principale.¹¹⁸⁰ » Dans le même esprit, « l'administration prépare un texte prévoyant la création d'entreprises à patrimoine affecté. Tout entrepreneur agissant à titre individuel pourra établir la liste du patrimoine qu'il affecte à son activité, ce patrimoine répondant seul de ses dettes professionnelles, de la même manière que le fonds de limitation constitué par un armateur répond seul de sa dette de responsabilité.¹¹⁸¹ » Le droit maritime, une fois de plus aura joué le rôle du précurseur et les raisons qui avaient permis que le principe de la responsabilité limitée se constitue en son sein sont loin d'avoir disparu : « La limitation de responsabilité est une institution dont le principe doit être approuvé. Le commerce maritime est chose périlleuse, et qui met en œuvre des capitaux considérables. C'est aussi une activité indispensable à l'intérêt général. Il est donc opportun que ceux qui y participent voient leur responsabilité allégée.¹¹⁸² » Des voies sont à trouver qui tiendraient compte de ce paramètre et suffiraient à contraindre en évitant de ruiner. Ne pourrait-on mettre *un peu plus* en avant la responsabilité du produit qui pollue – fioul ou produit chimique – et, par voie d'effet, celle aux revenus souvent impressionnants, des sociétés qui en font le commerce ? Et qui, sauf à posséder les moyens du transport, auraient à cautionner le pétrolier choisi, le navire affrété ? La Commission se ferait discrète aujourd'hui sur sa position de départ qui accablerait trop le marin. Doit-on penser qu'elle aurait « abandonné son projet initial qui eût éloigné les Etats de l'Union européenne de la communauté internationale¹¹⁸³ » ? Au plan du principe au moins, les deux étages de responsabilité du système international CLC/FIPOL auraient à stimuler l'indispensable réflexion. Le droit, quant à lui, doit relever d'impressionnants défis.

¹¹⁸⁰ Signalé par Bonassies P., Scapel Chr. *Droit maritime*, édition 2010, op. cit. p. 320

¹¹⁸¹ Ibid p. 321.

¹¹⁸² Ibidem p. 320.

¹¹⁸³ Ibidem

b-2- La protection des passagers.

Le cinquième texte, un peu dans le même esprit, fait leur place à de nouveaux acteurs : les voyageurs embarqués. Ce texte est le Règlement (CE) n° 392/2009¹¹⁸⁴ et s'inspire en droite ligne de la Convention d'Athènes de 2002 ou, plus précisément, du Protocole de 2002 à la convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages, qu'il s'agit d'incorporer dans le droit de l'Union européenne¹¹⁸⁵. La Commission européenne avait incité les Etats membres à ratifier ce protocole, applicable au seul plan de l'international. Il s'agit ici d'en actualiser les données, de les préciser, de les compléter, de les rendre opérationnelles à l'échelle de l'Union que ce soit à l'échelle intra-européenne ou pour les navigations nationales. Ce règlement prévoit « *deux mécanismes d'indemnisation : pour les dommages causés par un accident de navigation, la victime ou ses ayant-droit bénéficie d'une avance (art. 6 du règlement) et se trouve par la suite dédommée de plein droit dans la mesure où elle n'a pas à prouver la faute du transporteur ; si le dommage n'est pas causé par un accident, la victime doit apporter la preuve de la faute du transporteur. En cas de mort ou de lésions corporelles, la responsabilité du transporteur est limitée à 250.000 DTS. Si le préjudice dépasse cette limite, le transporteur peut être responsable jusqu'à hauteur de 400.000 DTS (464.000 €) par passager* »¹¹⁸⁶.

Le transporteur est tenu de souscrire une assurance à hauteur des sommes arrêtées. Tout ceci, qui certes est novateur, fut imposé par brutale irruption dans le camp du droit maritime international, l'importance de la marine européenne imposant de fait à ces décisions des retentissements dans l'ordre international classique. Il est normal qu'aient surgi de significatives oppositions.

II. Les réactions d'opposition.

Ce n'est sans doute pas une partie de plaisir que de vouloir guérir le droit ni davantage à notre sentiment de vouloir modifier le droit puisqu'il faut pour cela bousculer le plus souvent des intérêts établis. Les ruptures en effet sont douloureuses et peuvent provoquer –

¹¹⁸⁴ Règlement déjà cité.

¹¹⁸⁵ Voir à ce sujet 2nd considérant du Règlement 92/2009 /CE, lequel dispose que « *Le protocole de 2002 à la convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages a été adopté, le 1^{er} novembre 2002, sous les auspices de l'Organisation maritime internationale (OMI). La Communauté et ses États membres se préparent à prendre une décision quant à l'adhésion à ce protocole ou à sa ratification. En tout état de cause, ses dispositions, incorporées par le présent règlement, devraient s'appliquer, en ce qui concerne la Communauté, au plus tard le 31 décembre 2012* ».

¹¹⁸⁶ Boisson P., *L'adoption du 3^{ème} Paquet ne vient pas modifier les équilibres fondamentaux du système de sécurité maritime*, DMF 2009.705, revue consultée en ligne sur le site lamyline

même s'il se vérifie parfois que « *la victoire sourit aux audacieux* ¹¹⁸⁷ » - des résistances très déterminées. Ce fut ici le cas. Les hostilités déclarées, les reproches, les critiques en considération du « trop » comme aussi du « pas assez » sont, au même titre que la détermination de l'ombrageuse Commission européenne, un volet de la mise en place des *paquets* Erika comme de la lutte pour les consolider. Pas sûr d'ailleurs que tout soit dit : la production d'un quatrième « paquet » n'étant pas écartée semble-t-il. Si l'accusation d'en trop faire et de méconnaître les bornes de la raison, d'agir en force en outrepassant les règles est la plus courante (A), il est clair que le reproche inverse est également manifesté : celui d'un insuffisant engagement par souci de ménager certains intérêts (B).

A. Le reproche du coup de force risqué.

Les oppositions – disons : les fortes réserves obligeant à débattre et ralentir le pas – se sont manifestées sur plusieurs plans : les tentatives de l'Union – disons *les tentations*, disons peut-être aussi *de la Commission* ; car il n'est pas interdit de penser que par-delà les raisons d'agir on trouve aussi cette tentation du pouvoir élargi que la Commission, très souvent, manifeste - ont suscité des réactions violentes¹¹⁸⁸ et pu s'apercevoir comme un élément d'un *coup d'Etat permanent* ¹¹⁸⁹.

D'aucuns, nous l'avons vu, reprochèrent à l'UE le caractère unilatéral de sa démarche : un reproche apparu tout au long de notre exposé – mais plus propre à la phase de consolidation – qui fait apparaître au grand jour des tensions jusque dans le giron des institutions européennes, entre la Commission par exemple et le Conseil et donc, pourrait-on croire, entre l'Europe en tant que telle et les Etats qui la composent ou, tout au moins des pourcentages agissants de ces derniers¹¹⁹⁰ très rétifs à donner leur aval. Avait-on bien mesuré que la thérapie mise en oeuvre afin de réparer, dans l'urgence, un droit maritime assez manifestement carencé, pourrait augmenter l'état de confusion du droit maritime international ? Que les bonnes *raisons* fussent majoritaires au nombre des *raisons* de la Commission, pourquoi faudrait-il en débattre ? Il n'en reste pas moins – l'adage le prétend – que parfois « *l'enfer est pavé de bonnes intentions* ».

¹¹⁸⁷ « *Audaces fortuna juvat* » : proverbe latin dont Virgile aurait la paternité, mais dont la politique a le plus large usage.

¹¹⁸⁸ Notamment de la part de certains Etats membres de l'Union européenne.

¹¹⁸⁹ Allusion à l'ouvrage de François Mitterrand portant ce titre et où l'auteur entreprenait de dénoncer ce qui lui semblait constituer, de la part du Général de Gaulle, une croissante confiscation de l'autorité.

¹¹⁹⁰ Le Conseil des Ministres étant, rappelons-le, composé de ministres nationaux se rassemblant pour des réunions catégorielles : ministres du Commerce, ministres des transports etc.

Sur le plan français, le rapport¹¹⁹¹ de l'Assemblée nationale établi par Messieurs les députés Guy Lengagne et Didier Quentin mettait, le 17 janvier 2007, en exergue deux principales critiques.

- Certaines des propositions contenues dans ce troisième paquet, c'est le premier reproche, allaient à l'encontre des normes internationales, étant plus sévères que ces dernières. A titre d'exemple les députés citent, à propos de la proposition de directive sur la qualité des Etats du pavillon, « [...] *l'audit obligatoire et régulier de l'État du pavillon, alors que l'OMI ne prévoit qu'un audit facultatif [or] plusieurs Etats membres- le Royaume-Uni, la Grèce, Chypre et Malte – considèrent une telle proposition comme une atteinte à la souveraineté des Etats* »¹¹⁹². Ces observations produiront leurs effets comme le fait apparaître Philippe Boisson : « *C'est l'une des mesures qui a fait l'objet de vives contestations au sein du conseil. Des propositions initiales de la Commission il ne reste rien ou presque rien, notamment l'obligation pour les Etats membres d'évaluer et d'examiner chaque année les performances de leur pavillon* »¹¹⁹³. La directive finalement adoptée n'impose plus aux Etats membres que de « *prendre les mesures nécessaires pour que leur administration soit soumise à un audit de l'OMI*¹¹⁹⁴ *au moins une fois tous les sept ans et publiées les conclusions de l'audit* »¹¹⁹⁵.

Autre exemple que donnent les députés, « [...] *la disposition de la proposition de directive sur le suivi du trafic impartissant à l'État côtier d'accueillir un navire en détresse va également au-delà des directives adoptées par l'OMI dans sa résolution A 949 du 5 décembre 2003, puisque celle-ci insiste bien, à deux reprises, qu'il s'agit d'une décision relevant du pouvoir discrétionnaire des autorités compétentes* »¹¹⁹⁶. L'observation, là aussi sera prise en compte et l'article 20 de la directive sur le suivi du trafic, relatif à l'autorité compétente pour l'accueil des navires ayant besoin d'assistance, écarte finalement cette obligation, se contentant d'imposer aux Etats membres la désignation d'« [...] *une ou plusieurs autorités compétentes qui ont l'expertise requise et le pouvoir, au moment de*

¹¹⁹¹ Rapport d'information n°3594 déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur le troisième paquet de sécurité maritime et présenté par Messieurs Guy Lengagne et Didier Quentin.

¹¹⁹² Ibid., p 22

¹¹⁹³ Boisson P., *L'adoption du troisième paquet ne vient pas modifier les équilibres fondamentaux du système de sécurité maritime*, op. cit.

¹¹⁹⁴ L'article 1-e de la directive définit l'audit de l'OMI comme étant « *un audit mené conformément aux dispositions de la résolution A.974 (24), adoptée par l'Assemblée de l'OMI le 1 er décembre 2005* ».

¹¹⁹⁵ Ibid.

¹¹⁹⁶ Rapport précité, p.22

*l'opération, de prendre de leur propre initiative des décisions en ce qui concerne l'accueil de navires ayant besoin d'assistance »*¹¹⁹⁷.

Dernier exemple attirant l'attention des députés – sans doute un peu particulier car il ne s'agit plus de sortir des chemins tracés par les organismes internationaux mais d'inciter ces organismes à en sortir eux-mêmes, en dépit d'une longue tradition - de vives critiques¹¹⁹⁸ se sont élevées lors du débat précédant l'adoption de la directive sur l'assurance des propriétaires de navires. La Commission européenne avait pour ambition d'intégrer, dans la source légale européenne, les dispositions du protocole de 1996, modifiant la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes (LLMC PROT 1996), puis de demander un mandat pour lancer, au sein de l'OMI, un processus de révision de cette convention. La Commission souhaitait que s'applique à l'égard des Etats n'ayant pas ratifié le protocole de 1996, un régime de responsabilité différent, surtout plus sévère, et qu'il soit mis un terme au « [...] *privilege de la responsabilité illimitée dont bénéficient les opérateurs qui peut conduire à leur déresponsabilisation ainsi qu'à des négligences graves à l'origine de pollutions majeures* »¹¹⁹⁹. Finalement la directive adoptée se placera bien loin des ambitions que s'était fixées la commission européenne : une divergence de vues se manifestant ici qui place d'un côté le Parlement, favorable aux analyses de la Commission, de l'autre côté le Conseil, résolument rétif à ces vues. Comme le souligne Philippe Boisson « [...] *malgré les réactions très hostiles de l'industrie maritime, le Parlement européen a dans une très large mesure soutenu les propositions de la Commission* »¹²⁰⁰ Mais « *Le Conseil quant à lui été très hostile à toute remise en cause du régime international de responsabilité du propriétaire de navires et à une régionalisation des règles d'indemnisation* »¹²⁰¹. Aussi l'article 4¹²⁰² de la directive impose-t-il à chaque État membre, en tout et pour tout, d'exiger des propriétaires de navires arborant son pavillon la souscription d'une assurance avec un montant rejoignant, par navire et par événement couvert, le plafond du protocole de 1996. Une même exigence est à manifester pour les propriétaires de navires arborant un pavillon différent de celui de l'Etat membre et souhaitant nonobstant pénétrer dans un port relevant de sa juridiction.

¹¹⁹⁷ Boisson P., *L'adoption du troisième paquet ne vient pas modifier les équilibres fondamentaux du système de sécurité maritime*, op. cit.

¹¹⁹⁸ Ibid.

¹¹⁹⁹ Ibid.

¹²⁰⁰ Ibidem

¹²⁰¹ Ibidem

¹²⁰² Points 1 à 3

L'article 5¹²⁰³ indique aussi que tout État membre est tenu de vérifier, lors de l'inspection d'un navire entré dans un port relevant de sa juridiction, la présence à bord du certificat d'assurance en cas d'absence de ce certificat, le navire incriminé peut se voir expulsé, sinon même détenu, par les autorités compétentes.

Enfin, l'article 7 précise qu'en cas d'absence de certificat à bord du navire les États membres sont tenus d'établir un système de sanctions qui soient applicables, efficaces, proportionnées et dissuasives.

- Le second grief rapporté par les députés français par rapport au coup d'éclat tenté par la Commission, concerne un risque – potentiel - que les Etats membres estiment sans intérêt de ratifier les conventions internationales au prétexte que les règles de ces dernières seraient intégrées dans la source légale européenne.

Les députés Guy Lengagne et Didier Quentin, rappelant les craintes de certains, soulignent que «[...] l'incorporation de diverses conventions adoptées par l'OMI dans l'ordre juridique communautaire par voie de directives n'encouragent pas réellement les Etats membres à les ratifier, contrairement au souhait formulé par la Commission. En d'autres termes, alors que d'importantes conventions de l'OMI ne sont toujours pas ratifiées par les Etats membres, le risque est que ces derniers estimeront, à tort, y avoir procédé le jour où ils auront transposé les directives du troisième paquet »¹²⁰⁴. Les deux parlementaires émettent cependant des réserves et ne se montrent pas pleinement convaincus par la réalité de ce risque, apercevant pour le moins des contreparties : « La critique formulée à l'encontre de cette technique employée par la Commission – que le droit communautaire ne prohibe d'ailleurs pas - n'est-elle pas excessive ? Car, en effet, grâce aux sanctions que la Commission peut mettre en œuvre pour défaut de transposition d'une directive, elle s'érige, dans les faits, en « gendarme » de l'OMI et met les ressources juridiques de l'ordre communautaire au service d'une application effective des conventions internationales »¹²⁰⁵.

La Commission européenne a donc dû revoir ses propositions à la baisse. Au total elle est parvenue tout de même à faire progresser le droit maritime de l'Union européenne en matière de sécurité. Surtout, ce qui revêt peut-être une plus grande importance, elle a su stimuler l'action de l'OMI, la devançant parfois, permettant au droit maritime international de se doter de nouvelles normes ajustées aux défis du XXI^e siècle naissant. La menace avérée d'un débordement par des mesures unilatérales arrêtées par l'Union met en branle,

¹²⁰³ Points 1 et 2

¹²⁰⁴ Rapport précité, p.21

¹²⁰⁵ Ibid, p.22

assurément, l'action de l'OMI. Pour autant, « *l'action unilatérale doit rester un aiguillon en complément d'un investissement conséquent dans le débat international. [...], les deux organisations sont plus complémentaires que concurrentes et travaillent en coopération* »¹²⁰⁶. Qui voudrait y regarder de plus près s'aviserait d'ailleurs bien vite que les normes du droit maritime de l'Union, bien que naissant d'une initiative européenne, ont presque toujours surgi dans le droit de l'Union par intégration régionale de normes internationales. L'Union sait que le droit maritime est international par vocation, qu'aucune initiative, au total, n'aura de vraie portée qu'à moins de pouvoir s'élargir à l'étendue des mers et qu'une attitude de repli sur les seuls intérêts de l'Europe aurait du mal à porter du fruit : la seule ambition qui soit très défendable en ce domaine est de faire entendre – afin de peser dans le débat politique – une forte voix : la voix de l'Europe des vingt-sept. Aucune des médecines dont le droit maritime international a besoin ne saurait agir par d'autres moyens. Cela demande de l'énergie mais aussi de la diplomatie, de la circonspection. La Commission le soulignait d'ailleurs dans sa communication¹²⁰⁷ du 23 novembre 2005 : « *[...] malgré l'élargissement, l'Union européenne ne jouit pas au plan international d'une influence correspondant à l'importance de sa flotte et de ses intérêts maritimes. Cette situation est due à l'absence de statut juridique de l'Union européenne au sein de l'OMI. En conséquence, la Commission partage entièrement le souhait exprimé par le Parlement européen dans sa résolution MARE de voir le Conseil solliciter, pour la Communauté, l'adhésion à l'OMI comme elle l'avait proposé en 2002* ». Encore un élargissement de pouvoir ? L'adhésion de l'Union européenne à l'OMI¹²⁰⁸ serait-elle une efficace thérapie qui éviterait le chevauchement des sources aux deux niveaux, régional et international ? Sans doute. Il n'en reste pas moins vrai que « *[...] la question de l'adhésion de l'Union européenne en tant que membre plénier de l'OMI reste toutefois difficilement envisageable. Le statut de l'OMI nécessiterait une révision substantielle or les conditions d'un accord sur ce point ne sont pas actuellement réunies. Dans l'avenir, l'émergence de groupes régionaux (notamment sud-américains) parmi les Etats membres*¹²⁰⁹ *pourraient toutefois créer une situation plus favorable au changement* »¹²¹⁰.

Mais en attendant, même si la Commission continue de réaffirmer la nécessité pour l'Union européenne d'atteindre les objectifs de sa politique en matière de sécurité maritime en

¹²⁰⁶ Legroux A.-Y., propos rapportés par Lefebvre- Chalain H., la représentation permanente de la France à l'organisation maritime internationale, Neptunus, revue électronique, CDMO, Vol. 15, 2009/2

¹²⁰⁷ Communication de la Commission du 23 novembre 2005 relative à un Troisième Paquet de mesures législatives en faveur de la sécurité maritime dans l'Union européenne, op. cit.

¹²⁰⁸ Sur ce point voir Cudennec A., *L'Union européenne, acteur maritime international : un statut à définir*, Annuaire du Droit de la Mer, 2006, Tome XI, p. 206-208

¹²⁰⁹ Etats membres de l'OMI.

¹²¹⁰ Legroux A.-Y., op. cit.

recourant aux instruments internationaux, adoptés au sein de l'OMI, elle n'entend pas se placer dans une stratégie d'attentisme et précise en termes nets « [...] *qu'en cas d'échec des négociations de l'OMI, l'union européenne devrait, à titre de première mesure, prendre l'initiative de mettre en œuvre des mesures touchant aux aspects particulièrement importants pour elle, dans l'attente d'un accord international plus vaste et compte tenu de l'environnement de la concurrence internationale* »¹²¹¹.

Il faut penser que l'Union mesure assez bien qu'une approche exclusivement régionale irait à l'échec dans le domaine maritime. Aussi bien l'OMI et la Commission décidèrent-elles, lors d'une réunion¹²¹² à Bruxelles le 21 janvier 2004, de renforcer leurs relations. Les deux parties s'y mirent d'accord sur la nécessité de « [...] *renforcer la coopération qui existe déjà entre les deux organisations* », pour « [...] *garantir à l'avenir la sûreté et la sécurité maritime, ainsi que la protection de l'environnement* ». De plus, le rôle primordial joué par l'OMI, dans la conception et l'adoption des règles au niveau international, fut à cette occasion souligné. La nécessité d'une action au niveau communautaire, pour protéger les côtes de l'Union Européenne, fut reconnue. Cette rencontre a donc en quelque sorte « officialisé » l'association de deux niveaux d'action, communautaire et international.

Il reste à faire une place au reproche, en creux, d'un trop faible engagement qui fut également reçu par la Commission, celui d'une attitude un peu trop retenue : ce qui est, somme toute, un grief inverse des précédents. Ce reproche, à bien y regarder, prit sa significative consistance à propos seulement des pavillons de complaisance.

B. Un insuffisant engagement ménageant certains intérêts : les pavillons de complaisance.

Il fut parfois fait reproche aux « paquets » Erika, plus spécifiquement à la Commission, d'épargner les pavillons de complaisance alors que le dirigisme habituellement manifesté par ladite Commission, son activisme, eût trouvé sur ce terrain - propice à toutes les dérives du droit, favorable à tant de troubles compromissions - l'occasion de se signaler. Pourquoi ne pas agir alors que le droit maritime aurait, sur ce terrain, tant à gagner ? Pourquoi ne pas susciter sur ce plan de salutaires initiatives de l'OMI ? La Commission, dans son désir d'agir, d'apporter son assistance thérapeutique au droit maritime, aurait-elle été sollicitée sur

¹²¹¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 21 janvier 2009 relative aux objectifs stratégiques et recommandations concernant la politique du transport maritime de l'union européenne jusqu'en 2018, COM (2009) 0008 final

¹²¹² Voir le communiqué de presse conjoint de la Commission européenne et de l'OMI, 22 janvier 2004, salle des presses de la Commission européenne

ce plan par des pressions significatives ? Il semble qu'un examen plus attentif des textes aurait pouvoir de tempérer cette accusation. La publication de listes - d'Etats du pavillon peu soucieux de leur gestion, d'armateurs peu scrupuleux – fut une mesure incitative et susceptible d'effets. Mais il est vrai que la vieille internationalité du droit maritime, ajustée sans doute à des temps plus anciens, nourrie d'une sagesse des gens de mer, a bien du mal à se déverser dans les projets d'internationalité d'aujourd'hui qui sont traversés, contrariés, par de violents calculs d'argent, par d'autres calculs aussi, peut-être plus sinueux : ceux des intérêts politiques. L'Europe est loin d'être à l'abri même si l'effort représenté par les « paquets » Erika se doit d'être salué sans réserve. *« Un tel dispositif défensif représente un coût important pour les administrations des Etats du port et côtiers, alors même que la responsabilité primordiale de l'application des règles de sécurité incombe aux armateurs et aux Etats du pavillon. De même, les armateurs qui pratiquent une politique de qualité pâtissent des conséquences de la persistance de la navigation sous normes, qui leur inflige une concurrence déloyale, des contrôles portuaires répétés et d'une atteinte globale à l'image de marque du secteur du transport maritime (...) La pression sur les pavillons de complaisance et plus généralement sur tout acteur défaillant de la chaîne du transport maritime doit donc être maintenue et même accentuée. »*¹²¹³

Comment juger de tout ceci. Que convient-il d'en conclure ?

On peut sans doute estimer que l'ensemble des mesures adoptées par l'Europe au titre de ce qu'il est donc convenu d'appeler les « paquets » Erika, représente un net enrichissement du droit maritime européen mais encore, à l'échelon planétaire, un remède imposé par l'Union. L'impact international fut indéniable. En prenant les devants par rapport à l'OMI, l'Europe a rappelé qu'elle est la première puissance au monde au plan maritime. Après le naufrage du Prestige, la Commission demande aux Etats membres¹²¹⁴ de travailler de concert avec l'OMI pour que soit augmenté - dans les plus brefs délais – le plafond d'indemnisation des victimes du FIPOL, indiquant que, si rien n'était fait sur le plan mondial, l'Europe arrêterait ses propres mesures. L'OMI pouvant difficilement se permettre une rupture avec l'Europe, un accord est finalement trouvé lors de la conférence Internationale du 12 au 16 mai 2003 à Londres et l'OMI retient l'idée d'un nouveau protocole à la convention Fipol¹²¹⁵

¹²¹³ Communiqué de presse, *Troisième Paquet Sécurité Maritime*, op. cit.

¹²¹⁴ Dans sa communication du 3 décembre 2002 sur le renforcement de la sécurité maritime suite au naufrage du pétrolier Prestige

¹²¹⁵ Lors d'une conférence qui s'est tenue du 12 au 16 mai 2003 à Londres, voir C. ROCHE, *Prévention et lutte contre la pollution des mers par les hydrocarbures : les derniers développements communautaires*, Revue du marché commun et de l'Union européenne, n° 472, octobre-novembre 2003, p. 606.

relevant à 750 millions de DTS¹²¹⁶, soit près d'un milliard d'euros¹²¹⁷ le fonds d'indemnisation pour pollution par les hydrocarbures.

On peut donc juger que l'interventionnisme de la Commission, loin de desservir l'internationalité du droit maritime a eu sur ce droit des effets thérapeutiques. Il conviendra plus tard d'en apprécier la portée. D'autres projets sont en cours au sein de l'Union européenne, et d'une singulière ampleur : le projet de créer un espace unique européen des transports, qui ferait la part belle aux transports maritimes, lesquels sont économiques, écologiques (à certaines conditions de vigilance) et très compétitifs indiscutablement. Cet ambitieux projet, cet échafaudage de droit qui se proposerait d'aboutir à des réorganisations globales du transport - où l'activité maritime aurait sa place éminente affirmée - sera-t-elle une thérapie susceptible d'être prise en modèle ou - le risque en existe - un autre accroc dans le manteau du droit maritime international ? Il est sans doute imprudent de juger trop vite. Il reste, et nous l'avons dit que, parfois, les intentions les meilleures ont... pavé l'enfer.

Section2. L'Europe ou la volonté proclamée de collaborer.

Le droit maritime international est donc, nous l'avons vu, bien souffrant, relevant d'une intervention thérapeutique où tout un chacun mettrait de son bois au feu. L'Europe veut collaborer. Mener de conserve, avec les autres institutions qui ont autorité pour parler de droit maritime, une œuvre de premier plan : la restauration la plus avancée qu'il se pourra d'un droit troublé qui doit redevenir international et retrouver, par là, sa cohérence et son effectivité. Cette volonté de collaboration, la Commission l'a proclamée. Serait-ce une proclamation d'intentions véritables ? Une esquive politique afin de gagner du temps ? Sans doute est-il malaisé de juger d'un seul bloc. Il nous faudra nous interroger sur les chances de compatibilité, de bonne entente, entre les Règles toutes récentes de Rotterdam et le projet de création d'un espace unique européen des transports qui, sur des points essentiels, aurait un air de concurrence (I). On pourra penser - pourquoi n'être pas optimistes ou seulement sereins ? - que cette collaboration de bonne entente est acquise entre l'Europe et l'OIT pour la rénovation du droit social maritime : aucune ombre de concurrence, ici, ne vient obscurcir le débat (II).

¹²¹⁶ Droits de Tirage Spéciaux, dont la valeur est déterminée par le Fonds Monétaire International.

¹²¹⁷ Plus exactement 920 millions d'euros.

I. Des thérapies virtuellement concurrentes : les Règles de Rotterdam et les projets de l'Europe.

Chacun sait que les médecins de Molière excellaient dans l'art particulier de *bien tuer le malade* à force de ne jamais s'accorder sur rien. De trop radicales divergences de prescriptions pourraient, de comparable façon – comme au demeurant la simple pluralité des ordonnances - empêcher le retour du droit maritime à l'état de santé. Nous avons précédemment rencontré les Règles de Rotterdam qui ont déjà suscité des espérances et des déceptions, des enthousiasmes et des querelles. Nous nous proposerons d'y revenir, dans les lignes qui suivent, afin d'étayer notre sentiment que ces Règles – en dépit des inévitables critiques – ont à se prévaloir d'une grande force d'innovation, représentant probablement la plus crédible des solutions (A). L'Europe avec son nouveau projet d'un espace unique européen des transports, qui se trouve à l'étude et qui, sur certains points, pourrait faire apparaître une intention concurrente acceptera-t-elle un jeu d'équipe ou voudra-t-elle imposer ses vues quitte à troubler le malade ? (B).

A. Les Règles de Rotterdam, une crédible thérapie.

Surgies sur le seuil du siècle nouveau, les Règles de Rotterdam – plus exactement la *Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer* – ont pour ambition de relever le récurrent défi du droit maritime. Un défi vieux de bien des décennies : celui de la mise à jour, de la prise en considération des réalités d'un monde en pleine mue, mais aussi – peut-être est-ce là l'essentiel – celui des fondements qu'il faut jeter pour une unité qu'on doit reconquérir. Rien de moins, si l'on s'en réfère au Professeur Vialard, que de porter jusqu'en haut le rocher de Sisyphe. Nous reviendrons rapidement sur les ambitions, la portée des Règles de Rotterdam (1). Nous en examinerons quelques avantages essentiels (2). Nous reconnaitrons des imperfections qui ont suscité des regrets, des reproches ou des polémiques (3).

1. Les ambitions des Règles de Rotterdam.

Les Règles de Rotterdam se sont donné pour objet de reprendre à zéro le dossier compliqué du transport maritime, et le dossier non moins compliqué du droit maritime en charge de l'encadrer. Ceci sous-entend l'examen délicat des données nouvelles : aussi bien le transport multimodal que la dématérialisation du connaissance – le *document électronique de transport* en concurrence avec le *document de transport* pour employer les expressions que

les Règles consacrent – et suppose aussi la mise en ordre de la source légale internationale du droit maritime : impératifs auxquels s’ajustent très mal la fragmentation des règles juridiques en vigueur.

Nous avons évoqué, déjà, *la Convention de Genève sur le transport multimodal international de marchandises*, adoptée en 1980, mais qui, malgré ses indéniables qualités n’est jamais entrée en vigueur. Du fait de cet échec, et de l’absence ainsi prolongée d’un cadre juridique uniforme, un certain désordre embarrasse le droit maritime. Trop de conventions internationales abordant le même sujet, très variables quant à leur succès, ratifiées – nous l’avons vu - par des Etats très souvent différents, sont venues former ce millefeuille juridique aux désastreux effets : le susdit millefeuille, au demeurant, n’est plus d’une entière fraîcheur étant bien évident que le monde et les activités maritimes ont considérablement changé. Le droit maritime international n’est plus en sécurité.

Pour cette raison, dès 2001, la commission des Nations unies pour le droit commercial international, la CNUDCI, a mis en œuvre une série de travaux qui ont permis d’aboutir à l’élaboration d’un projet de convention internationale, lequel fut adopté par l’Assemblée générale des Nations unies le 11 décembre 2008. La Convention¹²¹⁸ des Nations unies sur le contrat de transport international de marchandises entièrement ou partiellement par mer, également, baptisée Règles de Rotterdam, par référence à son lieu de signature, fut signée le 23 septembre 2009.

2. *Les avantages présentés par les Règles de Rotterdam.*

Ces avantages, en vérité, sont multiples¹²¹⁹ : il nous a semblé devoir privilégier les points qui s’attachent à des attentes essentielles et dont certains peuvent déjà se prévaloir de vrais titres d’ancienneté. Les Règles de Rotterdam sont une réponse internationale à la question de l’éparpillement normatif (a). Les Règles de Rotterdam font une place importante à la dimension multimodale (b). Les Règles de Rotterdam ont l’avantage de consacrer la liberté contractuelle, intelligemment encadrée (c). Les Règles de Rotterdam, intégrant de nouveaux concepts, ont la force de la jeunesse (d).

a. Une réponse internationale à l’éparpillement normatif.

Cette dimension nous paraît essentielle et de taille à l’emporter sur toute autre considération. Si, en dépit de leurs autres qualités, les Règles de Rotterdam devaient être

¹²¹⁸ Le texte de cette convention est disponible sur le site Internet de la CNUDCI

¹²¹⁹ Il ne s’agit ici que de quelques points qui nous ont semblé devoir retenir une particulière attention, sans que nous cultivions en rien la moindre prétention d’exhaustivité.

boudées comme ont été boudées les Règles de Hambourg, il faut apercevoir qu'aucun autre texte international ne pourrait être espéré, d'une façon crédible, avant des dizaines d'années : ce qui laisserait le droit maritime en l'état que nous connaissons, c'est à dire éclaté, dans un état d'affaïssement que la communauté maritime est réduite à déplorer. Chacun se rappellera que les Règles de Hambourg datent du siècle dernier. L'un des principaux obstacles rencontrés par le droit du transport maritime international est la cohabitation d'un grand nombre de conventions : la Convention de Bruxelles de 1924, ses protocoles de 1968 et de 1979 – dont l'objectif était de rénover le système instauré par la convention mère et qui, du fait du jeu des ratifications sont devenues ses concurrentes - et Règles de Hambourg en 1978. Toutes ces conventions sont conduites à régir la même activité mais de façon différente, entraînant trop souvent de délicats conflits de conventions, créant ainsi une insécurité juridique incompatible avec le bon développement du commerce maritime international. L'objectif affiché des règles de Rotterdam est de réunifier le droit des transports maritimes à la vaste échelle du monde.

b. L'accueil d'une dimension multimodale.

Les Règles de Rotterdam, bien que mettant en relief le segment maritime du transport de marchandises, intègrent le concept de « porte à porte », introduisant ainsi, dans la nouvelle convention du transport international, une dimension multimodale attendue. L'article premier de cette convention, définit le contrat de transport comme étant celui « [...] *par lequel un transporteur s'engage, moyennant paiement d'un fret, à déplacer des marchandises d'un lieu à un autre. Le contrat prévoit le transport par mer et peut prévoir, en outre, le transport par d'autres modes* ».

C'est donc une convention dont la vocation est beaucoup plus vaste que les précédentes et « [...] *qui propose non seulement des solutions pour la responsabilité uniforme du transporteur mais aussi pour d'autres conflits contractuels potentiels, la responsabilité du chargeur, les documents de transport, les réclamations, les poursuites, entre autres* »¹²²⁰.

Ainsi le contrat de transport pourra couvrir tout à la fois les phases de pré et post acheminement, qui pourront être terrestre, et le trajet maritime. Un régime unifié pour le transport multimodal de marchandises était très attendu depuis l'échec de la convention de 1980. Pour autant, la convention de la CNUDCI, que le professeur Delebecque a qualifié de

¹²²⁰ Illescas R., *L'Espagne ratifie les règles de Rotterdam : ce qui change au niveau du droit du transport international suite à ces règles*, DMF 2011.728.

« maritime plus », n'est pas à proprement parler une convention sur le transport multimodal international, et nous aurons à revenir sur ce point.

c. La consécration de la liberté contractuelle

Autre nouveauté qui se trouve adoptée par les Règles de Rotterdam et qu'il faut regarder comme un autre avantage à mettre au compte de cette convention de transport international : la consécration de la liberté contractuelle des parties. Rien de plus légitime, estimera-t-on, si l'on retient que, sans le principe essentiel d'une *autonomie de la volonté*, l'idée de « contrat », tout simplement, se perd. Ce principe est pourtant limité dans les faits, sans doute apercevra-t-on qu'il doit l'être en prenant bien en compte qu'un contrat vite signé serait dans certains cas le piège ou se prend le faible ou le naïf, ou celui qui s'abandonne à la précipitation. Donc on convient, pour limiter ce danger que l'autonomie de la volonté ne vaut que *dans les limites de la loi*. Loi d'Etat, règle internationale, ou bien aussi ce tiers ordre juridique, ce droit spontané pleinement reconnu dans les transports maritimes et par le tribunal arbitral : la *lex mercatoria*. Mais, justement cet encadrement du contrat maritime est peut-être excessif. Depuis 1924 et la création de la Convention de Bruxelles, indique le professeur Delebecque, « [...] le droit des transports maritimes est impératif. Le législateur international de l'époque avait souhaité, sous la pression notamment des États-Unis, pays de chargeurs, interdire aux armateurs de profiter de leur situation pour imposer dans des contrats pré-rédigés et nullement négociés de larges clauses d'exonération »¹²²¹. Nous avons évoqué sur ce point l'Harter Act américain. La règle impérative suivante fut donc posée à l'article 3-8 de la Convention de Bruxelles de 1924, « *Toute clause, convention ou accord dans un contrat de transport exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité pour perte ou dommage concernant des marchandises, provenant de négligence, faute ou manquement aux devoirs ou obligations édictés dans cet article, ou atténuant cette responsabilité autrement que ne le prescrit la présente convention, sera nul, non avenu et sans effet. Une clause cédant le bénéfice de l'assurance au transporteur ou toute clause semblable sera considérée comme exonérant le transporteur de sa responsabilité* ». Les successives réformes, protocole de La Haye-Visby ou protocole DTS, n'ont pas entendu revenir sur ce principe, ni les Règles de Hambourg non plus « [...] à telle enseigne [estime le

¹²²¹ Delebecque P., *La Convention des Nations unies sur le contrat de transport international de marchandises entièrement ou partiellement par mer et la liberté contractuelle*, ADMO 2008, p.485

professeur Delebecque] que l'on peut dire, en caricaturant à peine, qu'en droit positif le principe est la réglementation et l'exception la liberté contractuelle »¹²²².

Les Règles de Rotterdam se sont donc montrées plus ambitieuses, ou plus généreuses au plan des libertés, que les conventions plus anciennes. Ainsi la liberté contractuelle est notamment consacrée par l'article 80 des Règles de Rotterdam, relatif aux contrats de volume¹²²³ : il autorise les parties au contrat à déroger à certaines dispositions impératives de la convention, par le biais de clauses contractuelles privées. Cependant cette possibilité n'ouvre en rien la porte des abus, se trouvant strictement encadrée par l'article 80-2 de la Convention, lequel précise que de telles dérogations ne sont valables que lorsque quatre conditions cumulatives sont remplies :

- Le contrat de volume doit énoncer de façon apparente qu'il déroge à la Convention
- Le contrat de volume doit avoir fait l'objet d'une négociation individuelle ou indiquer d'apparente façon les clauses qui contiennent des dérogations
- Le chargeur doit être en mesure de conclure le contrat de transport, conformément aux dispositions de la Convention, sans qu'aucune dérogation lui soit imposée : ce droit devant lui être signifié.
- La dérogation ne peut ni être incorporée par référence ou contenue dans un contrat d'adhésion qui ne serait pas soumis à négociation.

Certains chargeurs ont dit leurs craintes à l'égard de telles dérogations. L'article 80, nous semble-t-il, en prévoyant expressément que le contrat de volume ne pourra en aucun cas prendre la forme d'un contrat d'adhésion et qu'il devra systématiquement et obligatoirement être soumis à une négociation multilatérale, devrait être de nature à les rassurer.

La même extension de la liberté contractuelle est pareillement mise en œuvre par l'article 13-2 des Règles de Rotterdam. Cet article permet aux parties de convenir contractuellement que le chargement, la manutention, l'arrimage ou le déchargement des marchandises sera exécuté par le chargeur ou le destinataire, alors même qu'habituellement cette charge incombe au transporteur.

¹²²² Ibid.

¹²²³ L'article que 1-2 des règles de Rotterdam définit le contrat de volume comme « *le contrat de transport qui prévoit le déplacement d'une quantité déterminée de marchandises en plusieurs expéditions pendant une durée convenue. La quantité peut être exprimée sous la forme d'un minimum, d'un maximum ou d'une fourchette* ».

d. Les Règles de Rotterdam : la force de la jeunesse.

En vérité la vocation novatrice, un certain goût du neuf, une certaine idée de *jeunesse* donc, se découvre au fil des avantages que nous avons énumérés déjà - l'idée gagnant à se trouver cependant soulignée. La convention de la CNUDCI est une convention moderne. Ainsi intègre-t-elle de nouveaux concepts, tel que celui, que nous avons évoqué plus haut, de contrat de transport *porte-à-porte*. Une innovation par rapport aux conventions qui sont en vigueur, une autre définition du contrat de transport international.

Autre nouveauté, très significative aussi, le concept de documents électroniques de transport qui fait son apparition dans les articles 8 à 10 et qui, souligne-t-on, peuvent être émis sous forme négociable. Un souci donc d'intégrer les avancées de la technologie d'aujourd'hui. L'écart se mesurera mieux si l'on retient les Règles de Hambourg admettaient tout au plus la signature électronique et que la Convention de Bruxelles en 1924, assez logiquement, n'évoque aucun semblable instrument. Ses protocoles non plus.

« Les Règles de Rotterdam, conclut la CNUDCI, constituent un cadre juridique qui tient compte des nombreuses nouveautés technologiques et commerciales qu'a connues le transport maritime depuis l'adoption de ces conventions, dont le développement de la conteneurisation, l'aspiration à un transport de porte à porte en vertu d'un contrat unique et le développement des documents électroniques de transport. La Convention fournit aux chargeurs et transporteurs un régime universel contraignant et équilibré à l'appui de l'exécution des contrats maritimes de transport où peuvent intervenir d'autres modes.¹²²⁴ »

Les Règles de Rotterdam sont-elles une convention parfaite, idéale en tout ? Nous pensons qu'elle est la réponse aux défis du temps, qu'en toute hypothèse on ne saurait rien attendre de mieux, dans les décennies qui viennent, au plan de l'international, alors que l'urgence est pleinement constatée. Pour autant des réticences sont apparues : des reproches et des attitudes de défiance ou, carrément, des réactions d'hostilité se sont manifestées - qu'il convient de ne pas passer sous silence.

3. Les Règles de Rotterdam : des réactions d'insatisfaction.

Les Règles de Rotterdam ne sont pas parfaites en ceci qu'elles ont pu susciter des témoignages d'opposition. Ces oppositions sont liées – fort légitimement sans aucun doute - à des intérêts sectoriels qui ont voulu se faire entendre (a). On a signalé des obscurités qui

¹²²⁴ CNUDCI, Propos relatifs à la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer ("Règles de Rotterdam") .

pourraient poser problème (b). Un autre point doit attirer l'attention : le document de transport adopté qui pourra servir de justificatif – ou de prétexte ?- à la frilosité de l'Europe (c).

a. L'hostilité manifestée par des intérêts sectoriels.

Ce qui est neuf dérange : à bon ou mauvais escient. La redistribution des cartes inquiète et peut brouiller des intérêts, provoquer des réactions de défense assez souvent légitimes. « *Les nouvelles règles du contrat de transport de marchandises, dites Règles de Rotterdam ne font pas que des heureux.* », déclare en date du 25 septembre 2009, le Journal de la Marine Marchande. Parmi les insatisfaits, l'Union internationale des transporteurs routiers (IRU), qui craint d'être lésée, les commissionnaires de transports et les agréés en douane. Par la même occasion, la Commission européenne s'est déclarée « *[...] préoccupée par les conséquences négatives que les règles de Rotterdam pourraient avoir sur le transport multimodal en Europe* »¹²²⁵. Insatisfaits pareillement, le Conseil des chargeurs européens (ESC) et les chargeurs français (AUTF). Il en va différemment des armateurs : l'Association des armateurs européens (ESCA) se dit favorable à cette convention nouvelle et demande à l'ensemble des États, particulièrement bien sûr aux Etat membres de l'Union européenne, de bien vouloir la ratifier. Sans doute est-il hors de propos de prétendre examiner dans les présentes lignes les griefs de certains, les raisons de la satisfaction des autres. En revanche il est peut-être bon de relever l'opposition – traditionnelle – entre les chargeurs et les armateurs. Cette opposition, qu'aucun équilibre institué n'a jamais pu dissoudre, illustre assez bien le conflit des intérêts sectoriels. Elle est au cœur de bien des actes juridiques et l'on serait presque tenté de découvrir, dans leur succession, le mouvement de la balance ou du fléau prétorien recherchant la justice : l'Harter Act américain, dans la fin du XIX^e siècle, entend défendre les intérêts des chargeurs contre les limitations de responsabilité des armateurs. La Convention de Bruxelles en 1924 sera jugée trop favorable aux armateurs, en telle façon que ses protocoles essaieront d'atténuer le déséquilibre : apparemment sans convaincre assez les pays chargeurs. Les Règles de Hambourg, conçues sous l'originelle impulsion de la CNUCED et de la CNUDCI ne sont pas en reste et la balance, un peu trop penchée vers l'intérêt des chargeurs et des pays chargeurs, figure au premier plan parmi les raisons de l'échec : les pays dits en voie de développement, pays de chargeurs, constitueront la quasi-totalité des Etats qui ont ratifié les Règles d'Hambourg. La CNUDCI a pris acte de cet échec et les Règles de Rotterdam, mises en chantier sur son initiative, ont voulu sur ce point refaçonner des équilibres : ainsi les armateurs sont contents, les chargeurs dépités. Ce point

¹²²⁵ Ibid.

n'est peut-être pas déterminant sur le terrain qui nous préoccupe ici : la recherche d'un terrain d'entente entre les Règles de Rotterdam et le projet de transport cultivé par l'Europe. Pas plus que ne devrait être déterminant, dans ce domaine essentiel, le reproche qui suit, relatif à la bonne lisibilité de la Convention de Rotterdam.

b. Des obscurités dans le texte.

On peut penser que rien de durablement fâcheux ne pourra s'attacher davantage aux reproches d'obscurité qui sont formulés de-ci de-là, parfois dans un ton qui traduit l'animosité polémique. C'est ainsi que l'article du Journal de la Marine Marchande, précédemment cité, déplorait «[...] *la trop grande complexité de cette convention qui la rend difficilement compréhensible, notamment par les courtiers et les assureurs* ¹²²⁶ ». Ce qui est neuf et différent – mais il fallait que la *Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer* fût neuve et différente – apparaît toujours obscur au départ, en rupture avec l'habituel, le connu, le rassurant. Sans doute est-ce souvent le cas pour un texte de loi. La jurisprudence filtre ; et cela fait de la jurisprudence et de plus en plus, une source claire.

Un point d'achoppement plus inattendu pourrait surgir ici : celui du document de transport retenu. Ce point que l'on pourrait penser secondaire est susceptible de jouer, dans la querelle éventuelle entre les Règles de Rotterdam et le projet de réorganisation des transports que l'Europe est en train d'élaborer, le rôle ambigu mais décisif de l'abcès de fixation.

c. La question du document de transport.

Le document de transport adopté par les Règles de Rotterdam : document papier, document électronique, interchangeables au besoin, ne manque pas d'originalité. Nous l'avons précédemment aperçu. Mais ce n'est pas un document multimodal. Or l'Europe ambitionne aujourd'hui de créer cet instrument pour l'usage de son projet.

La véritable raison de ceci c'est que les Règles de Rotterdam où, comme nous l'avons indiqué, le professeur Delebecque se plaît à voir une convention « maritime plus », aussi soucieuses qu'elles soient de multimodalité, ne sont pas en dernière analyse une convention sur le transport multimodal international.

Cette nuance est bien distinguée par l'article 26, intitulé « *transport précédant ou suivant un transport par mer* ». Il indique que les dits transports resteront soumis aux conventions qui les régissent, de même son article 82, intitulé, « *conventions internationales*

¹²²⁶ Ibidem

régissant le transport de marchandises par d'autres modes », consacre l'application des conventions en vigueur pour les transports combinés. Des critiques ont porté sur ce point qui n'ont peut-être pas suffisamment considéré les difficultés qu'il faut prendre en compte au plan de l'international. Il est pratiquement impossible d'harmoniser les différents régimes juridiques existant en matière de transports de marchandises et « [...] chacun d'eux, [déclarait récemment Professeur Illescas], affiche des spécificités particulières notamment en ce qui concerne les limites de responsabilité du transporteur, chacune d'elles repose sur des valeurs très différentes des marchandises transportées. La valeur des biens transportés par voie maritime est généralement inférieure à celle des biens transportés par chemins de fer ou par route, et la différence est encore plus importante concernant les biens transportés par voie aérienne ; de telles différences ont conduit à l'impossibilité définitive de déterminer une limite de responsabilité en cas de perte ou de détérioration de biens, identique à tous les modes de transport ».¹²²⁷

Ce sont là des difficultés connues qui font, dirions-nous, le piment du délicat métier de commissionnaire de transport¹²²⁸ : mettre en cohérence le dissemblable, associer ce qui pourrait tendre à s'opposer, trouver des routes diverses à travers des obstacles divers, et se porter responsable de tout. Ce sont là des difficultés qu'avait notamment rencontrées la Convention de Genève de 1980 sur *le transport multimodal international de marchandises*, une convention restée, comme on sait, lettre morte et qui définissait le contrat de transport multimodal comme « *un contrat unique par lequel un entrepreneur de transport multimodal s'engage, moyennant paiement d'un fret, à exécuter ou à faire exécuter un transport multimodal* ». Une définition que, peut-être bien, l'on pourrait juger sensiblement redondante. « *Or, c'est là, en partie, [constatent Pierre Bonassies et Christian Scapel], la définition même du commissionnaire de transport* ¹²²⁹ ». Le définitif arasement de la difficulté semble, à l'international, un défi très lourd. Il se pourrait qu'un projet construit sur le plan de l'Europe puisse envisager de le traiter plus commodément, ce projet naissant alors dans un espace géographique aux dimensions limitées, bénéficiant de larges possibilités d'intégration juridique. Avec pour effet cependant d'organiser selon l'espace un morcellement du droit maritime : une installation de frontières en quelque sorte.

¹²²⁷ Illescas R., *L'Espagne ratifie les règles de Rotterdam : ce qui change au niveau du droit du transport international suite à ces règles*, op. cit.

¹²²⁸ Sur les particulières difficultés du métier de commissionnaire de transport, voir Jacquet J.M, Delebecque P., Corneloup S., *Droit du commerce international*, op. cit. p. 446 - 447

¹²²⁹ Bonassies P. et Scapel Chr. *Droit maritime*, op. cit. p. 837.

Autant l'affirmer : les Règles de Rotterdam, à l'échéance d'aujourd'hui, sont l'espoir du transport maritime international. Celui-ci doit retrouver la cohérence urgente de ses textes. Il lui faut, de toute nécessité, la collaboration de l'UE pour que l'œuvre en attente aille à sa fin.

L'Union européenne a cependant d'autres projets en route.

B. Le projet concurrent de l'Europe.

Un projet ? Des projets ? Convenons qu'il s'agit d'un projet mais présentant deux facettes complémentaires. Un projet né d'études de terrain, du constat d'une situation passablement menacée : de telle façon qu'une thérapie paraissait s'imposer. Nous prendrons d'abord en compte un diagnostic de départ (1). Nous examinerons dans un second temps les termes de la prescription, du traitement clinique envisagé (2). Nous nous pencherons enfin sur les incertitudes du traitement (3).

1. Le diagnostic.

Point n'est besoin de rappeler que de l'essor du commerce est lié au développement du transport maritime. L'Europe de l'Union leur doit, sur le plan de l'économie, ce qu'il faut bien regarder - fût-elle menacée - comme une prospérité. La Commission le reconnaît : « [...] *l'Europe joue un rôle majeur dans le monde du transport maritime actuel, où 41 % de la flotte mondiale est aux mains de compagnies européennes* »¹²³⁰.

Pour autant, la pérennité de cette situation n'est pas assurée. Diverses remises en cause, induites par les convulsions planétaires et les bouleversements de l'économie, seraient de nature à redistribuer les cartes « *L'adaptation du transport maritime européen aux exigences de l'économie mondiale a provoqué des évolutions structurelles considérables dans le secteur. La mondialisation a aussi renforcé de manière non négligeable la pression concurrentielle exercée par les puissances maritimes du monde entier* »¹²³¹.

Dans le contexte économique difficile de ces dernières années qui est planétaire et concerne particulièrement l'Europe, la Commission européenne a publié le 21 janvier 2009 une communication¹²³² relative aux objectifs stratégiques et recommandations concernant la politique du transport maritime de l'Union européenne jusqu'en 2018.

¹²³⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 21 janvier 2009 relative aux objectifs stratégiques et recommandations concernant la politique du transport maritime de l'union européenne jusqu'en 2018, COM (2009) 0008 final.

¹²³¹ Ibid.

¹²³² Ibid.

Elle y souligne que, la crise aidant, les navires sous pavillon de l'Union sont soumis à une concurrence de plus en plus poussée de la part de pavillons étrangers qui appliquent, pour certains, des règles moins strictes que celles de l'Union européenne, ayant, de plus, recours à de la main-d'œuvre à faible qualification qui est de fait sous-payée. La prolongation de cette situation déjà préjudiciable serait de nature, estime-t-elle, à « *provoquer une délocalisation hors de l'UE des centres de décision du transport maritime et du secteur d'activité lui-même, ce qui saperait les efforts déployés par l'UE pour maintenir un transport maritime de qualité dans le monde entier* ». Donc il s'agit donc là d'une menace et, d'ores et déjà, d'un mal qui demande remède au plus pressé.

2. *Le traitement clinique : un lot de deux remèdes associés.*

La thérapie préconisée par l'Europe, indépendamment de tout jugement que l'on voudrait porter sur elle, est *dans l'air du temps*, visiblement inspirée de la politique d'optimisation de la rentabilité, de rationalisation, de fusion, qui a cours aujourd'hui. Il s'agirait de mettre en place un espace maritime européen sans frontières (a). Il s'agit aussi pour la Commission – c'est une autre abolition des cloisons - de mettre en œuvre au plus vite un vrai système de transport multimodal (b).

a. Un espace maritime européen sans frontières

La communication du 21 janvier 2009 expose un plan d'action qui projette de mettre en place, au sein de l'Union européenne, un espace organisé de navigation qui abolirait les barrières. L'Union, au-delà de son ambition connue de promouvoir un transport maritime international sûr, écologique et compétitif, envisage donc aujourd'hui la création d'un réseau de transport maritime intra-européen, donc l'établissement d'un véritable espace européen du droit maritime.

Pour ce faire elle propose d'éliminer « [...] *les barrières administratives superflues, les contrôles frontaliers en double, le manque d'harmonisation des documents et tous les autres facteurs entravant la croissance potentielle du transport maritime à courte distance* »¹²³³. Ceci pourrait peut-être se regarder comme un prolongement des politiques libérales d'organisation du marché maritime intérieur objet des règlements de décembre 1986, dont nous avons déjà parlé. On pourrait y voir aussi, comme en sous main, la tentation de réorganiser son territoire à sa façon, comme un volet de ce désir de régenter que l'on prête à la Commission.

¹²³³ Ibid.

Chacun, quoi qu'il en soit, pourra juger que le souhait d'abolir la frontière interne aboutit à créer sur la mer une frontière d'Europe, et que la mise en œuvre du projet pourrait ne pas être favorable au droit maritime international. Pour le professeur Delebecque, la notion « [...] *d'espace européen de transport maritime dont on entend parler ici ou là est pour le moins confuse et très largement fautive. Le transport maritime de marchandises, car c'est de cela qu'il s'agit, n'a pas de dimension européenne. Il est d'essence internationale. Au regard des conventions internationales applicables, un transport intra-européen est un transport international* »¹²³⁴.

b. Mettre en place un système de transport multimodal.

C'est le deuxième objectif de l'Union européenne et qui se situe dans la continuité du premier : mettre en place un système de transport multimodal au sein d'un espace unique européen des transports¹²³⁵. Il s'agirait, soulignons-le, d'un système de transport multimodal à dominante maritime, axé sur ce qu'il est convenu d'appeler les « autoroutes de la mer ». Il s'agit de la réactualisation d'un projet¹²³⁶ plus ancien de transport multimodal, à courte distance, au sein de l'Union européenne. Deux soucis conjoints sous-tendent ce projet : le souci de rationalisation de l'économie, le souci de la préservation des équilibres de vie, qui est d'ordre écologique.

- La croissance en continu du transport routier, au sein de l'Union européenne, est un fait si nettement constaté que l'on peut craindre à l'avenir un engorgement du réseau routier. Tout en conservant l'ambition d'arriver, au sein de l'Union européenne, à un système de transport compétitif, écologique et fiable, la Commission européenne estime que l'Union doit se donner les moyens de décongestionner le trafic routier. Le transport maritime est un moyen de transport moins polluant, capable de transporter de grandes quantités de marchandises en un seul voyage : à ce titre il représente un espoir de compétitivité pour les transports maritimes intra-européens. Il faut noter que la volonté de l'Union de désengorger le réseau routier par le recours aux transports combinés qui associent la route au rail, à la navigation intérieure et à la navigation maritime, n'est pas complètement nouvelle. En effet,

¹²³⁴ Delebecque P., *Les « autoroutes de la mer » : pour un régime entièrement (ou partiellement) maritimes*, DMF 2008.692.

¹²³⁵ Ce nouveau projet a été affirmé par la commission européenne dans son nouveau Livre blanc du 28.03.2011, Feuille de route pour un espace européen unique des transports – vers un système de transport compétitif et économe en ressources, COM(2011) 144 final

¹²³⁶ En effet ce projet n'est pas à nouveau et avait déjà été annoncé par la commission européenne dans le livre blanc du 12 septembre 2001, La politique européenne des transports à l'horizon 2010 : l'heure des choix COM(2001) 370 final

Le 7 décembre 1992, une directive¹²³⁷ européenne relative à l'établissement de règles communes pour certains transports combinés de marchandises entre États membres s'était déjà souciée de ce problème.

- L'Union européenne est très dépendante des énergies fossiles et risque dans l'avenir de souffrir d'un manque d'approvisionnements, notamment de pétrole. Pour cette raison, liée à son ambition environnementale, l'Union européenne entend réduire les émissions de gaz à effet de serre « [...] d'au moins 60 % par rapport à 1990 dans le secteur des transports, qui est à l'origine d'une part importante croissante de ces émissions¹²³⁸ » en favorisant l'utilisation d'énergie verte.

Il reste – et ce volet du deuxième objectif est sans aucun doute essentiel – que la création d'un système de transport multimodal au sein de l'espace unique est nécessairement liée, dans l'esprit des concepteurs, à la création d'un document unique de transport¹²³⁹ et d'un régime uniforme de responsabilité pour le transport intermodal européen.

Il reste à évaluer les bénéfices et les risques du traitement sachant qu'il existe en effet des risques et même, aux yeux de certains, des contre-indications.

3. Les incertitudes du traitement.

Sur ce point particulièrement important, nous tâcherons d'évaluer tour à tour les difficultés (a) mais aussi, donc, les risques (b).

a. Les difficultés de mise en œuvre de la thérapie européenne.

La chose, en toute probabilité, risque de n'être pas simple et ce constat, s'il suscite la contrariété des concepteurs et des partisans du projet, stimulant à l'occasion leurs énergies, conforte les adversaires et les détracteurs dans la pensée que la partie n'est pas jouée.

Si l'Union souhaite donner suite à ses ambitions de transport multimodal à courte distance, et d'autoroutes de la mer, il lui faudra relever, dans un moyen terme, un certain nombre de défis.

¹²³⁷ Directive 92/106/CEE du Conseil, du 7 décembre 1992, relative à l'établissement de règles communes pour certains transports combinés de marchandises entre États membres, *JOCE L 368 du 17.12.1992*

¹²³⁸ Livre blanc du 28.03.2011, feuille de route pour un espace européen unique des transports – vers un système de transport compétitif et économe en ressources, op. cit.

¹²³⁹ Ce projet se doit de se distinguer du document unique de transport multimodal européen, qui est aujourd'hui utilisé, mais qui n'est qu'un document contractuel « [...] couvrant le transport de bout en bout, utilisable quel que soit le moyen de transport concerné et quel que soit l'unité de charge : conteneurs ou remorques transportées. Un tel document n'est en rien assimilable à un connaissance est bien entendu n'est pas négociable ». Ce dernier « [...] a été conçu pour répondre aux exigences de la douane ; il a donc valeur d'un document douanier » et se présente de façon selon que le transport réalisé au sein de l'union européenne comportons-nous une escale dans un pays tiers, sur ce point voir Odier F., le document unique de transport multimodal/ intermodal en Europe, DMF 2008.697, revue consultée en ligne sur le site lamyline

Il lui faudra d'abord, pérenniser ses aides¹²⁴⁰ au transport intermodal et, presque à coup sûr, en développer d'autres. Il apparaît en conséquence que le frein naturel d'un tel projet sera d'une part sa complexité, d'autre part son coût financier, toutes choses que la situation de crise internationale oblige à prendre en compte au premier rang. Les problèmes financiers se compliquent au demeurant de problèmes circonvoisins qui leur sont liés : « *les problèmes, [souligne le Professeur Delebecque], sont loin d'être résolus qu'ils tiennent au financement des infrastructures, aux matériels, à la logistique, au bilan écologique et..., nous semble-t-il aux questions proprement juridiques et plus précisément contractuelles : rien de sérieux ne peut être envisagé sans sécurité juridique* »¹²⁴¹.

L'attribution d'aides nouvelles imposera probablement l'exécution de nouvelles tâches : il faudra sans doute, avant d'attribuer des subventions, s'assurer d'un taux de remplissage élevé des navires afin que l'aide attribuée ne soit pas prétexte à de moindres compétitivités.

Indispensable également, la simplification des procédures administratives, et notamment douanières ou sanitaires : l'accession à l'espace européen de transport maritime sans barrières, exigera de bousculer des usages et ce n'est pas un mince défi.

L'adhésion du grand nombre au projet suppose au moins sa clarification. Que faut-il entendre, ainsi, par l'expression « *les autoroutes de la mer* », en vogue depuis quelques années, formule imagée bien évidemment mais qui, s'appliquant à des étendues sans routes et sans autos qui roulent, a pu susciter certains sourires. Ainsi le Professeur Delebecque la juge-t-il « *affreuse et ambiguë*¹²⁴² ». Ceci dit, d'aucuns tentèrent de définir cette autoroute de la mer comme étant « *[...] le segment maritime qui relie deux ports (ou toute combinaison de ports comme ensemble de ces segments) interconnectés à leur tour avec les réseaux transeuropéens et les couloirs intermodaux qui, préservant la cohésion sociale, configurent un système intermodal efficace où les marchandises sont rapidement transférées entre modes grâce à l'optimisation des opérations portuaires, dépassant les barrières naturelles et les*

¹²⁴⁰ Des aides existent déjà ; voir par exemple le Règlement 1692/2006/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 2006, établissant le deuxième programme Marco Polo pour l'octroi d'un concours financier communautaire visant à améliorer les performances environnementales du système de transport de marchandises (Marco Polo II), et abrogeant le règlement 1382/ 2003/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juillet 2003 concernant l'octroi d'un concours financier communautaire visant à améliorer les performances environnementales du système de transport de marchandises (« programme Marco Polo »), JOCE L 328 du 24.11.2006

¹²⁴¹ Delebecque P., *Les « autoroutes de la mer » : pour un régime entièrement (ou partiellement) maritime*, DMF 2008.692.

¹²⁴² Ibid.

*zones sensibles ainsi que d'autres obstacles géographiques*¹²⁴³ ». L'imparfaite clarté de cette définition fera tout l'intérêt d'un autre travail d'approche. Une décision¹²⁴⁴ du Parlement européen et du Conseil, datée du 29 avril 2004 a défini¹²⁴⁵ les objectifs des autoroutes de la mer : « 1. Le réseau transeuropéen des autoroutes de la mer vise à concentrer des flux de marchandises sur quelques itinéraires maritimes de manière à établir de nouvelles liaisons maritimes viables, régulières et fréquentes de transport de marchandises entre Etats membres pour réduire la congestion routière et améliorer la desserte des Etats insulaires et périphériques. 2. Le réseau transeuropéen des autoroutes de la mer se compose d'équipements et d'infrastructures concernant aux moins deux ports situés dans deux Etats membres différents. Ces équipements et infrastructures comprennent les équipements portuaires, des systèmes électroniques de gestion logistique et des procédures administratives et douanières, ainsi que des infrastructures d'accès directs terrestres et maritimes aux ports, y compris pour l'accès hivernal ».

Le transport maritime à courte distance ainsi défini s'inscrivant dans une logique multimodale, il apparaît que son succès ne pourra s'acquérir qu'au prix d'une collaboration développée de façon durable entre les différents modes de transport : routier, maritime ou fluvial et ferroviaire. Or l'accélération de cette collaboration, pour être souhaitable, est difficile à décréter. Sans doute estimera-t-on cependant qu'il est inopportun de fuir ce que l'on juge difficile, au prétexte de sa difficulté.

Reste à juger des risques.

b. Les risques de la thérapie européenne.

Devant le poids des difficultés que nous avons évoquées dans les lignes précédentes, on a pu penser que le projet serait abandonné. Pourtant, le 9 mai 2010, le Professeur Mario Monti, faisant suite à la demande du président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, lui rend-il un rapport où les difficultés sont citées dans un esprit de détermination conservée. « *L'Europe doit passer à la vitesse supérieure dans le domaine du transport multimodal, mais les obstacles juridiques, administratifs et techniques se multiplient. Il n'existe aucun document de transport unique, et le recours à différents modes de transport requiert différents documents. Les règles en matière de responsabilité sont aussi disparates.*

¹²⁴³ Définition donnée dans la déclaration de Naples 2 juillet 2003, cité par le site Internet Detrace – démonstrateur de traçabilité ferroviaire européen

¹²⁴⁴ Décision 884/2004/CE du Parlement européen et du conseil du 29 avril 2004 modifiant la décision n° 1692/96/CE sur les orientations communautaires pour le développement du réseau transeuropéen de transport, JOCE L 167 du 30 avril 2004

¹²⁴⁵ Article 12 bis

Un document de transport unique (de préférence au format électronique) et un régime de responsabilité unique contribueraient à accroître la sécurité juridique et à réduire sensiblement les coûts pour les entreprises et les citoyens »¹²⁴⁶.

Suite probable aux conclusions de ce rapport, un document de travail, accompagnant le livre blanc relatif à l'espace européen unique des transports daté du 28 mars 2011, affirme à nouveau qu'il est impératif, afin de promouvoir le transport multimodal, de créer au sein de l'Union européenne un document de transport unique de marchandises. Un document qui prendrait vraisemblablement la forme électronique. Au surplus, la Commission précise que, puisque les documents de transport sont dans une large part le reflet du régime juridique applicable au contrat de transport de la marchandise, un régime de responsabilité s'attachant à ce document se devrait d'être créé¹²⁴⁷.

L'idée d'un régime de responsabilité unique organisant le transport multimodal intra-européen, loin d'être abandonnée par la Commission, ferait donc son chemin

Ne doit-on pas cependant penser qu'un tel régime de responsabilité unique, institué par l'Union Européenne, provoquant la création d'un document de transport unique – électronique ou non – dessinerait sur la planisphère, au regard de l'activité maritime, une frontière européenne à vocation juridique ?

Ne doit-on pas penser que cela compromettrait les chances d'une ratification des Règles de Rotterdam par les Etats membres de l'Union européenne et que le partage, éventuellement significatif, entre signataires et non signataires entraînerait d'inutiles complexités ?

Ne doit-on pas penser qu'apparaîtrait dans le périmètre à vocation juridique européen, créé par la Commission – pour ceux qui auraient ratifié, qui auraient à prendre en compte une double source légale, européenne et internationale – un risque majeur d'insécurité juridique ?

Ne doit-on pas penser que la création d'un espace européen de droit maritime, emportant pour longtemps les chances de l'unité, pourrait pousser certains – par exemple les

¹²⁴⁶ Monti M., Rapport présenté le 9 mai 2010 au Président de la Commission européenne José Manuel Barroso, *Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européennes*.

¹²⁴⁷ « *Currently, different modes of transport use different transport documents (CMR for road, Bill of Lading for maritime, etc...), a situation which creates administrative costs for multimodal transport and puts it in an unfavourable position in comparison to single mode transport. To promote multimodal transport, it is therefore essential to create a single transport document for the carriage of goods in any mode. Within the overall framework of e-Freight, the single transport document will be digital. As transport documents are to a large extent a reflection of the applicable legal regime to the contract for carriage of the goods, these two actions are dealt with together. In order for a single transport document to be established, the underlying liability regime needs to be created*», sur ce point voir le document de travail de la Commission accompagnant le Livre blanc - Feuille de route pour l'Espace européen unique des transports - Vers un système efficace de transport compétitifs et des ressources, SEC/2011/0391 final.

Etats-Unis d'Amérique – à l'adoption de règles unilatérales ? Et que resterait-il alors de la thérapie que nous évoquions, dont le principal objet semblait la guérison d'un droit maritime éclaté ? La seule thérapie qui puisse avoir de l'efficacité contre les maux de notre droit maritime est une thérapie de l'effort commun pour instaurer des règles à prendre en compte en commun - ne fussent-elles pas parfaites et sachant que, toujours, elles seront imparfaites¹²⁴⁸ - à l'échelle internationale, en toute nécessité, qui est la juste dimension de ce droit maritime. Et telle est au demeurant l'opinion du Professeur Delebecque pour lequel « [...] un règlement communautaire serait pour le moins malvenu »¹²⁴⁹ car, souligne-t-il, des « [...] instruments juridiques, précisément, existent déjà : il suffit de les mettre en œuvre, sans qu'il soit utile d'appliquer une nouvelle couche »¹²⁵⁰.

Aussi bien l'association des armateurs européens fait-elle état de ses inquiétudes à l'occasion de son rapport de 2008-2009¹²⁵¹, en déplorant que la Commission s'obstine à pressentir des propositions législatives sur la création d'un document de transport unique et d'un régime européen de responsabilité pour le transport multimodal, et ce malgré l'adoption le 11 décembre 2008 de la *Convention des Nations unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer*, également nommée Règles de Rotterdam, et malgré, pareillement, la ferme opposition de plusieurs États de forte tradition maritime.

Notons cependant que, dans une résolution¹²⁵² du 5 mai 2010 sur les objectifs stratégiques et les recommandations concernant *la politique du transport de l'Union européenne jusqu'en 2018*, approuvant la communication de la Commission du 21 janvier 2009, intitulée de la même façon, le Parlement de l'Europe invite « [...] les Etats membres à signer, ratifier et appliquer rapidement la Convention des Nations unies sur le contrat de transport international de marchandises effectuées par mer, connu sous le nom de règles de Rotterdam, qui détermine le nouveau régime de responsabilité maritime »

Or de nombreux Etats membres ont adopté cette ligne-là par rapport aux règles de Rotterdam : nombreux sont ceux qui l'ont signé, l'Espagne l'a ratifié, d'autres ont annoncé leur intention de le faire en 2011 comme le Danemark et les Pays-Bas. Les Etats-Unis s'y disposeraient pareillement. La Commission européenne annonce de ce fait que toute

¹²⁴⁸ Et du reste, à l'impossible nul n'est tenu !

¹²⁴⁹ Delebecque P., *Les « autoroutes de la mer » : pour un régime entièrement (ou partiellement) maritimes*, op. cit.

¹²⁵⁰ Ibid.

¹²⁵¹ Rapport consultable (version anglaise !) sur le site Internet de l'association des armateurs européens.

¹²⁵² Résolution du Parlement européen du 5 mai 2010 sur les objectifs stratégiques et les recommandations concernant la politique du transport de l'union européenne jusqu'en 2018, JOCE C 81 E du 15.3. 2011.

proposition visant à instaurer un régime de responsabilité pour le transport multimodal devra nécessairement prendre en compte les règles de Rotterdam¹²⁵³. Une proclamation véritable ? Une esquivance habilement politique afin de gagner du temps ? Ces questions-là, nous les avons déjà posées. Seul l'avenir y répondra.

Répetons-le dans un esprit de conclusion : la seule imaginable thérapie qui guérirait le désordre actuel du droit maritime implique une collaboration franche entre l'Europe et les organismes internationaux, l'Union fût-elle un peu frileuse à cet égard. Il lui faut inciter les Etats membres à ratifier les règles de Rotterdam : il lui sera loisible, après, de les régionaliser – préservant ainsi sa part d'initiative - et de les rendre contraignantes en son sein. Tout peut être espéré de la coopération des hommes et les développements ci-après, relatifs au droit social maritime, en fourniront le meilleur exemple.

II. L'Europe et les gens de mer : épauler l'OIT

L'unification du droit social maritime offre un exemple d'avancée consensuelle, intelligente, aboutie, l'exemple aussi d'une collaboration supranationale entre l'Union européenne et l'OIT, qui peut-être ira plus loin sur sa lancée. Telle quelle on peut y voir un modèle excellent de thérapie duquel il conviendrait de s'inspirer dans le champ du droit maritime international. Nous évoquerons d'abord, dans quelques-uns de ses principaux aspects, la régulation du travail maritime et donc la production du droit social maritime (A). La Convention du travail maritime consolidée du 23 février 2006 retiendra notre attention dans un second temps (B).

A. La régulation du travail maritime.

Les tâches des gens de mer – et pour simplifier nous parlerons du métier de marin - ne sont ni communes ni simples (1). Les efforts de l'OIT pour les réguler de manière homogène à l'échelle internationale ont déjà quelques réalisations qui mériteraient d'être connues (2).

1. La tâche du marin.

Chacun sait que le métier de marin fut regardé, par des témoignages qui ne sont pas si vieux, comme étant d'une extrême pénibilité. Les mutineries à bord des navires, au risque de la vie des mutins, pouvaient en témoigner. C'est un travail à part : «[...] *la particularité du*

¹²⁵³ « Any comprehensive multimodal proposal of the Commission will have to take the global convention into account », document de travail de la Commission accompagnant le Livre blanc - Feuille de route pour l'Espace européen unique des transports - Vers un système efficace de transport compétitifs et des ressources, op. cit.

*travail maritime, [estime Cécile de Cet Bertin], réside dans les fortes contraintes qui pèsent sur le marin au nom de la discipline, de la promiscuité et de la sécurité. Aussi doit-il obéir aux ordres de ses supérieurs concernant le service du navire, et avoir soin du navire et de la cargaison*¹²⁵⁴ ». L'auteur cite l'article 21¹²⁵⁵ du Code de Travail maritime qui dispose que le marin doit assurer «[...] en dehors des heures de service, le travail de mise en état de propreté de son poste d'équipage, des annexes de ce poste, de ses objets de couchage et de ses ustensiles de plat (sic), sans que ce travail puisse donner lieu à allocation supplémentaire¹²⁵⁶ ». Ceci vaut pour l'ordinaire des jours et l'ordinaire exécution des tâches ordinaires. Or, dans des circonstances exceptionnelles¹²⁵⁷, l'article 22¹²⁵⁸ du code du travail maritime dispose que : « *Le capitaine peut exiger du marin les heures de travail nécessaires à la sécurité immédiate du navire, des personnes présentes à bord ou de la cargaison, ou en vue de porter secours à d'autres navires ou aux personnes en détresse en mer. Dans ces cas, le capitaine peut suspendre l'organisation habituelle des horaires de travail ou de repos et exiger d'un marin qu'il travaille pendant le temps nécessaire pour faire face à ces circonstances. Lorsque celles-ci ont cessé, le capitaine attribue au marin qui a accompli un tel travail, alors qu'il était en période de repos, un repos d'une durée équivalente. Les conditions dans lesquelles ce repos est pris tiennent compte des exigences de la sécurité et des nécessités de la navigation.*

Le marin est tenu de travailler au sauvetage du navire, de ses débris, des effets naufragés et de la cargaison ».

Peut-être estimera-t-on que tout ceci correspond à des images passées¹²⁵⁹, ce qui est juste. A bord des navires, écrit le Doyen Rodière, il n'y a plus «[...]de soutiers sales et suants, travaillant comme des damnés, mais des mécaniciens propres et qui s'ennuient¹²⁶⁰ ».

¹²⁵⁴ De Cet Bertin C., *Introduction au droit maritime*, op. cit., p. 61.

¹²⁵⁵ Cet article 21 sera abrogé par l'article 7 de l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 à compter de la publication des dispositions réglementaires du code des transports qu'elle créera. Nous aurons à reparler de cette ordonnance dans de prochains développements.

¹²⁵⁶ De Cet Bertin C., *Introduction au droit maritime*, op. cit., p. 61.

¹²⁵⁷ Celles que le poète Victor Hugo évoque en quelques mots puissants : « *Le Diable était caché dans le vent qui soufflait* » (Victor Hugo, *Les Pauvres Gens* in *La Légende des siècles* 1859)

¹²⁵⁸ Cet article 22 a été déplacé dans le code des transports et remplacé par deux articles correspondants à ses deux alinéas.

Article L5544-13 : « *Le capitaine peut exiger du marin les heures de travail nécessaires à la sécurité immédiate du navire, des personnes présentes à bord ou de la cargaison, ou en vue de porter secours à d'autres navires ou aux personnes en détresse en mer. Dans ces cas, le capitaine peut suspendre l'organisation habituelle des horaires de travail ou de repos et exiger d'un marin qu'il travaille pendant le temps nécessaire pour faire face à ces circonstances. Lorsque celles-ci ont cessé, le capitaine attribue au marin qui a accompli un tel travail, alors qu'il était en période de repos, un repos d'une durée équivalente. Les conditions dans lesquelles ce repos est pris tiennent compte des exigences de la sécurité et des nécessités de la navigation* ».

Article L5542-35 : « *Le marin est tenu de travailler au sauvetage du navire et à la récupération de ses débris, des effets naufragés et de la cargaison* ».

¹²⁵⁹ Le Code du Travail Maritime date de 1926.

¹²⁶⁰ Rodière R, *Le droit maritime*, op. cit., p. 16

Mais il n'en reste pas moins, si la tâche du marin s'est allégée pour des raisons techniques, que les contraintes ci-dessus s'appliquent toujours et qu'il a fallu, précisément ces contraintes-là pour qu'apparaissent un droit du travail maritime et que le marin ne soit plus en tout et pour tout corvéable à merci. La contribution de l'OIT, sur le plan international, fut importante.

2. *Le rôle de l'OIT.*

L'OIT, faut-il le rappeler, n'est pas un organisme essentiellement maritime¹²⁶¹. Il existe au moins deux liens, nonobstant, qui se tissent entre l'Organisation Internationale du Travail et le droit maritime : il s'agit leur essentielle internationalité d'une part et, d'autre part du travail des gens de mer dont la régulation relève de sa compétence.

Créée en 1919, à l'occasion de la signature du Traité de Versailles, alors que le monde, donc, s'extrait de la boue de tranchées, l'OIT se devait, en toute normalité, porter son attention sur le travail à la mer, encore âpre à cette époque. Elle n'en a pas eu l'exclusivité, c'est vrai, mais son rôle est important¹²⁶². La détermination de la durée du travail à bord, éminemment variable, a notamment mobilisé les législateurs. En principe aujourd'hui, le temps du travail à la mer est calqué sur le temps de travail terrestre : *« les règles du droit commun s'appliquent à la détermination de la durée du travail, la durée normale étant de 35 heures par semaine avec un maximum de 10 heures par jour. Mais des dérogations restent possible quand la sécurité du navire l'exige. »*¹²⁶³

On jugera qu'il est souhaitable que l'OIT se mette de l'avant : mondialisation et globalisation des échanges aidant, le domaine du droit social maritime doit s'appréhender dans une perspective internationale. Or ce phénomène n'est pas nouveau. Le processus d'unification des régimes du travail maritime, a pris son essor sous l'égide de l'OIT en 1919, les premiers textes portant sur le travail maritime datant de 1920. *« Dès 1920, lors de la conférence de Gênes, l'OIT adoptait trois conventions intéressant le droit maritime, respectivement relatives à l'âge minimum du travail maritime, aux indemnités de chômage consécutives à un naufrage et au placement des marins »*¹²⁶⁴.

¹²⁶¹ Pas plus, au demeurant que la Conférence des Nations unies pour le commerce et le développement (CNUCED) ou la Conférence des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) dont on sait cependant le rôle qui est le leur dans le domaine du droit maritime.

¹²⁶² Sur la question du contrat de travail maritime et le nombre impressionnant de textes consacrés à la seule durée du travail à bord, Voir Cécile de Cet Bertin, op. cit., p. 61 et 62.

¹²⁶³ Bonassies P. *Traité de Droit maritime*, p. 223

¹²⁶⁴ De Cet Bertin C., *Introduction au droit maritime*, op. cit., p. 31.

Ce fut le point de départ d'une œuvre impressionnante, et particulière à bien des titres. Les efforts de l'organisation ne sont en effet jamais démentis.

Dans un article¹²⁶⁵ de 2007, le Professeur Chaumette estime à soixante-huit les instruments maritimes élaborés par l'OIT depuis 1920, dont la moitié sont des conventions internationales. Ce nombre est impressionnant. Citons-en quelques-uns :

- La convention du 13 octobre 1976, relative aux conditions minimales d'hébergement de l'équipage à bord des navires marchands. Cette convention permet à l'Etat signataire du port, au terme d'une inspection, de retenir à quai le navire en infraction par rapport aux normes minimales et cela jusqu'à ce que les mesures correctives soient arrêtées.
- La convention 179 OIT de 1996, relative au recrutement et placement des gens de mer qui, ratifiée par la France, concerne notamment les « navigants », c'est-à-dire les marins des navires immatriculés au Registre international français (RIF).
- La convention 180 OIT de 1996, relative au temps de travail des marins comme aux effectifs embarqués.

Ces quelques exemples ont le pouvoir de mettre en lumière une différence avec d'autres domaines du secteur maritime : il apparaît que chacune de ces conventions régit un aspect particulier du travail des gens de mer. Il ne s'agit donc pas de conventions différentes autour du même thème : à ce titre, elles ne sont pas en situation d'entrer en conflit les unes avec les autres. Et c'est un avantage.

La difficulté en l'espèce tient au fait que sur la multitude de ces conventions, si un grand nombre est adopté, très peu dans les faits sont réellement ratifiées, ce qui porte évidemment préjudice à la vigueur et l'unité du droit social maritime international. Le phénomène est d'autant plus net qu'une partie de ces normes ont la forme de simples recommandations, de telle sorte qu'un grand nombre d'Etats ne s'estiment pas tenus à leur égard. « *Les conventions sont des instruments qui créent des obligations juridiques, sur le plan international, dès qu'elles sont ratifiées. Les recommandations, par contre, sont destinées à orienter les politiques sociales et les législations et pratiques nationales. N'étant pas susceptibles de faire l'objet d'une ratification, elles ne font pas naître d'obligations juridiques internationales quant au fond.* »¹²⁶⁶ En quelque sorte il s'agit d'un droit mou. Le droit social maritime international, mal rassemblé de ce fait à l'échelle internationale, apparaît

¹²⁶⁵ Chaumette P., *La Convention du travail maritime, OIT, 2006*, Neptunus, revue électronique, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, Vol. 13 2007/1

¹²⁶⁶ Bartolomei de la Cruz H. G. et Euzéby A., *L'organisation internationale du travail*, Paris, Ed. Presses Universitaires de France ? coll. Que sais-je ?, Paris 1997, p. 46-60, cité par Charbonneau A., *Le bien-être après l'adoption de la Convention du travail maritime consolidée (O.I.T.) : quelles avancées pour quelles lacunes ?* Neptunus, revue électronique, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, Vol. 12 2006/4, p. 3

donc fragmenté, mal capable d'assurer l'équitable protection souhaitée par tous les marins. Le besoin s'est fait sentir d'un document par lequel on pourrait assurer la somme et la cohérence des dispositions.

B. La Convention du travail maritime du 23 février 2006.

Nous nous attarderons dans un premier temps sur les origines de la convention du travail maritime de 2006 (1), pour vous apercevoir qu'elle s'est construite avec le soutien de l'union européenne (2), collaboration qui, il faut l'espérer, n'a pas fini de s'étendre (3).

1. La genèse de la convention de travail maritime du 23 février 2006

La *Convention du travail maritime consolidée* du 23 février 2006 est un document qui justifie l'attention. Née du constat ci-dessus, cette convention procède au départ d'une démarche consensuelle. En 2001, souligne le professeur Chaumette, « [...] *armateurs et gens de mer ont proposé une nouvelle conception des normes du travail maritime tendant à instaurer une protection intégrale et effective des droits des gens de mer à des conditions de travail décentes, à imposer des règles générales pour tous aux gouvernements et aux armateurs, tout en ménageant une certaine flexibilité quant aux modalités de concrétisation de cette protection, afin de tenir compte de la diversité des situations*¹²⁶⁷ ». Ainsi fut-il décidé « *d'élaborer un nouvel instrument destiné à réaliser une consolidation de toutes les normes internationales du travail maritime en vigueur, à répondre aux besoins actuels et futurs, à résoudre les obstacles s'opposant à une acceptation universelle des normes dans ce secteur, à assurer une application effective des normes*¹²⁶⁸ ».

Au terme d'une consultation¹²⁶⁹ qui en tout aura duré plus de quatre ans, la convention de travail maritime va voir le jour le 23 février 2006. Cette dernière rassemble, en les mettant à jour, une bonne partie¹²⁷⁰ des différents instruments¹²⁷¹ adoptés par l'OIT dans le domaine du droit social des gens de mer. Cet impressionnant travail, constate le professeur Chaumette, combine « *ce qu'il y a de meilleur dans l'ancien et le nouveau* ».

¹²⁶⁷ Chaumette P., *La Convention du travail maritime*, OIT, 2006, op. cit.

¹²⁶⁸ Ibid.

¹²⁶⁹ Le professeur Chaumette souligne que cette « [...] *vaste consultation internationale [menée par un groupe de travail de haut niveau] a concerné quatre-vingt-huit pays, leur gouvernement et leurs partenaires sociaux* », Chaumette P., *La Convention du travail maritime*, OIT, 2006, Ibid.

¹²⁷⁰ Certains de ces instruments n'ont pas été intégrés à la Convention de 2006, sur ce point voir Chaumette P., *La Convention du travail maritime*, OIT, 2006, op. cit.

¹²⁷¹ Conventions et recommandations relatives aux gens de mer

Par ailleurs – et cela même est un signe de disponibilité d’esprit, de dialogue et de concertation, la Convention du travail maritime de 2006 s’inspire des conventions adoptées sous l’égide de l’OMI. De cette manière indique le professeur Chaumette, « *Cette convention a été conçue pour devenir le quatrième pilier du droit international maritime, complétant les conventions, SOLAS, MARPOL et STCW de l’Organisation Maritime Internationale* »¹²⁷². Le droit social maritime international a donc vraisemblablement trouvé un remède à ses maux, se dotant d’un instrument qui pourrait lui permettre d’atteindre, sinon l’unification, du moins la réelle harmonisation de ses règles au niveau international. La Convention du travail maritime de 2006 a pour vocation de garantir des conditions de travail décentes et équitables aux différents marins du monde.

- Elle impose ainsi des conditions minimales pour tout recrutement d’un marin, à bord d’un navire d’une jauge brute de 500 tonneaux et plus, d’un marin.

- Corollairement à ceci, cette convention s’offre comme la garantie d’un mode de vie décent pour ce qui relève du logement à bord, de la protection sociale des marins etc.

- Au-delà d’un clair souci de justice sociale elle se donne également pour objectif, en consolidant les conventions et recommandations relatives au travail maritime, de garantir des conditions de juste concurrence économique, ajustée au contexte de mondialisation.

- Pour finir, en se souciant des hommes, elle tend à renforcer la sécurité maritime : on sait que dans près de 90 % des cas, le naufrage est provoqué par une erreur humaine.

Ajoutons que cette convention, fruit d’un long travail et d’un cumul de bonnes volontés, s’est construite avec le soutien de l’Union européenne.

2. *Le soutien de l’UE.*

Le soutien¹²⁷³ de l’Union européenne, et c’est un fait notable, a été sans faille et s’est rendu sensible étape par étape (a). Une inquiétude en dépit de ce soutien, subsiste : est-il envisageable que cette convention ne soit pas ratifiée ? (b).

a. Un soutien sans faille, étape par étape.

La Commission européenne a de toujours encouragé l’élaboration de la Convention du travail maritime. Après son adoption, la Commission a poussé les Etats membres à la ratifier.

¹²⁷² Chaumette P., *Droits maritimes*, op. cit., p.548

¹²⁷³ Sur ce point voir notamment, Cudennec A., *L’Union européenne, acteur maritime international : un statut à définir*, op. cit. p.208-209

Point n'est besoin de rappeler que l'Europe de l'Union compte vingt-sept Etats membres et qu'elle constitue la première puissance maritime au monde.

Le Conseil de l'Union européenne, à son tour, en juillet 2007, a cru bon d'inciter¹²⁷⁴ les Etats membres à ratifier la Convention du travail maritime du 23 février 2006 (MLC, 2006).

Dans la perspective d'une ratification de ladite convention, la Commission se proposerait¹²⁷⁵ d'en intégrer les dispositions dans le droit de l'Union européenne, estimant en effet qu'il est «[...] indispensable de mettre en œuvre cette convention, tant au niveau communautaire que national »¹²⁷⁶.

Heureuse initiative et qui suscite l'approbation du Professeur Chaumette. « *Le droit international maritime, estime-t-il, ne saurait se suffire à lui-même. Il est nécessaire d'articuler la régionalisation des conventions internationales, leur transposition au sein du droit national, même dans les systèmes monistes ou la convention internationale ratifiée a valeur supra législative, d'englober l'application nationale de ces conventions dans des processus d'évaluation et de contrôles régionaux et internationaux* »¹²⁷⁷.

b. Des inquiétudes conservées quant à la ratification.

Pour entrer en vigueur cette convention nécessite que trente Etats, représentant au moins trente-trois pour cent du tonnage mondial, la ratifient. En octobre 2011, on dénombre un total de dix-neuf ratifications représentant environ cinquante pour cent du tonnage mondial¹²⁷⁸. De quel poids va peser le soutien de l'Europe ? Parmi les ratifications enregistrées, on ne dénombre que cinq Etats membres de l'Union européenne : la Bulgarie, le Danemark, l'Espagne, la Lettonie, et le dernier en date le Luxembourg.

Si la Convention du travail maritime était ratifiée par l'ensemble des Etats membres, elle entrerait très vite en vigueur au niveau mondial. Interrogé sur la lenteur attachée à la ratification de cet instrument, le secrétaire politique de la fédération européenne des

¹²⁷⁴ Décision 2007/431/ CE du Conseil du 7 juin 2007 autorisant les États membres à ratifier, dans l'intérêt de la Communauté européenne, la convention du travail maritime, 2006, de l'Organisation internationale du travail JOUE L161 du 22 juin 2007

¹²⁷⁵ Ceci fut rappelé par la Commission européenne dans sa communication du 10 octobre 2007, intitulée *Une politique maritime intégrée pour l'Union européenne*, COM(2007) 575 final. A cette occasion, la commission à rappeler qu'une « [...] amélioration de la politique du personnel et des conditions de travail (y compris la santé et la sécurité), soutenue par un effort concerté de tous les acteurs du secteur maritime et par un cadre réglementaire efficace tenant compte du contexte mondial, est nécessaire pour pouvoir attirer des Européens dans ce secteur. La Commission soutient entièrement le dialogue social concernant l'intégration de la Convention de l'OIT sur les normes du travail maritime dans le droit communautaire ».

¹²⁷⁶ Synthèse de législation sur le *Renforcement des normes de travail maritime*, accessible sur le site d'europa

¹²⁷⁷ Chaumette P., *Les gens de mer en perspective*, DMF 2009.699, revue consultée en ligne sur le site lamyline

¹²⁷⁸ Source : Site Internet de l'Organisation Internationale du Travail

travailleurs du transport, en charge des questions maritimes, M. Philippe Alfonso, se veut rassurant, pour ce dernier « [...] les choses sont en cours »¹²⁷⁹ et « [...] dans pas mal d'Etats membres, la demande a été faite par les gouvernements auprès des législateurs »¹²⁸⁰.

Patience donc, et optimisme. Un optimisme qui trouvera des raisons d'être en se donnant un autre constat : la collaboration qui s'est mise en place ici, pourrait s'étendre et se généraliser.

3. *La volonté de pérenniser l'esprit de dialogue et de collaboration.*

Dans son récent livre blanc, *Feuille de route pour un espace européen unique des transports – vers un système de transport compétitif économe en ressources*¹²⁸¹, la Commission européenne a rappelé des mesures déjà préconisées dans sa communication du 21 janvier 2009 dont l'une est peut-être en rapport avec la collaboration qu'elle a mise en place avec l'OIT, relativement au statut social des gens de mer.

Dans cette communication, la commission européenne préconisait, pour endiguer la pénurie de plus en plus importante des professionnels de la mer, de favoriser les perspectives de carrière dans les pôles d'activités touchant le domaine maritime et particulièrement d'axer les efforts sur le développement de la formation pour les officiers et de favoriser leur mobilité au sein de l'Union européenne.

Elle a, ce faisant, rappelé son désir de dialogue avec les institutions internationales, et pareillement rappelé qu'il est indispensable de « [...] soutenir le travail mené par l'organisation maritime internationale et l'organisation internationale du travail sur le traitement équitable des gens de mer »¹²⁸² afin que les mesures prises au niveau international « [...]soit mis en œuvre correctement dans l'Union européenne et dans le monde entier »¹²⁸³. C'est un objectif que se donnent aussi les institutions internationales, OIT en tête.

Autre objectif encore : assurer un niveau de sécurité maximum pour les transports maritimes. Aussi la Commission souligne-t-elle que « le maintien de niveau de formation élevée de la compétence professionnelle des équipages est essentiel ». Dans cette optique, la Commission européenne avait émis le souhait, dès 2009, que la Convention STCW soit mise

¹²⁷⁹ Alfonso P., cité par Smets I., *Convention du travail maritime : l'Espagne première de classe*, article du quotidien des affaires européennes, Europolitique, le 19 mai 2010.

¹²⁸⁰ Ibid.

¹²⁸¹ Ce livre blanc vise à mettre en place un système de transport compétitif, transport maritime compris, afin de favoriser la mobilité et de contribuer à la croissance et à l'emploi à l'horizon 2050.

¹²⁸² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Objectifs stratégiques et recommandations concernant la politique du transport maritime de l'UE jusqu'en 2018, op.cit.

¹²⁸³ Ibid.

à jour et que l'Union européenne et ses Etats y apportent leur concours. Signe évident de collaboration : l'OMI a lancé en 2007, en concertation avec les différents acteurs intéressés y compris la Commission et les Etats membres, un processus de révision de la convention STCW, qui a abouti, le 25 juin 2010 à l'adoption d'une série d'amendements¹²⁸⁴. Ces amendements sont destinés à entrer en application le 1^{er} janvier 2012.

Afin de rendre contraignantes ces nouvelles dispositions de la Convention STCW, la Commission européenne a prévu d'actualiser la directive¹²⁸⁵ concernant le niveau minimal de formation des gens de mer du 3 décembre 2008. Dans le cadre des objectifs fixés par le livre blanc précité, la Commission européenne a rappelé la nécessité d' « [...] *actualiser la directive sur la formation des gens de mer (2008/106/CE) suite à la révision de la Convention internationale sur les normes de formation des gens de mer, de la délivrance des brevets et de veille (STCW) de l'organisation maritime mondiale* ».

Quelques mois après la parution de ce livre blanc, la Commission européenne a invité le Parlement européen et le Conseil à étudier une proposition de directive¹²⁸⁶ modifiant la directive relative au niveau minimal de formation des gens de mer. Cette directive a pour objectif « *d'intégrer dans le droit de l'UE les amendements de 2010 à la convention STCW, afin notamment d'éviter tout conflit entre les obligations internationales et européennes des États membres* ».

Si ce mouvement se confirme, il est possible de songer que la Commission, séduite par les avantages du dialogue et de la concertation, prendra, pour finir, le parti des Règles de Rotterdam : un service éminent serait ainsi reçu par le droit maritime. Et des efforts seraient poursuivis pour que celui-ci ne soit plus qu'un ancien malade.

¹²⁸⁴ Pour en savoir plus sur le contenu de ces amendements, consultez le site Internet de l'Organisation Maritime Internationale

¹²⁸⁵ Directive 2008/106/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2008 concernant le niveau minimal de formation des gens de mer, JOCE L 323 du 3.12.2008

¹²⁸⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du conseil modifiant la directive 2008/106/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le niveau minimal de formation des gens de mer du 14/09/2011, COM(2011) 555 final

Chapitre 2 : Un traitement thérapeutique au niveau national

Il s'agit donc toujours de guérir. D'apercevoir des voies de guérison du droit : qu'il soit général - or il faut se résoudre à penser que le problème est général - ou qu'il soit plus particulièrement maritime et c'est là, spécifiquement, notre propos. Nous irons d'ailleurs du plus général au plus particulier, même au plan de la géographie : du plus vaste au moins vaste. Au vaste plan du supranational, le mal essentiel est déjà nommé : l'éclatement, la dispersion, la pléthore impropre à la clarté des analyses, à l'efficacité de l'acte. Au plan de l'international classique, une ordonnance est établie qu'il faut choisir ou non d'exécuter – sachant que le mal est vif et qu'aucune autre prescription ne sera rendue disponible avant très longtemps - les Règles de Rotterdam. Au plan supranational européen, le mal serait qu'on entretienne cet éclatement, cette dispersion, cette pléthore, au terme d'un quant-à-soi qui récuserait la concertation : cela, pensons-le, ne sera pas. Quel est le mal, au plan national que nous abordons maintenant ? Le mal est dans l'éclatement, la dispersion, la pléthore impropre à la clarté des analyses, à l'efficacité de l'acte. Un même mal donc¹²⁸⁷. A ceci près que, sur ce plan interne du droit, l'inflation des textes en vigueur est plus caractéristique du droit général, où l'on est menacé d'une obésité qui paralyse, et que, dans le cas du droit maritime, il convient plus particulièrement de se préoccuper d'une dispersion, d'une dissémination qui pourraient avoir aussi des conséquences invalidantes : les dispositions normatives en vigueur sont à ce point *partout* qu'à l'usage on a le sentiment de ne plus les trouver *nulle part*. Pour le droit maritime, à l'échelle interne, il s'agit de ranger ses tiroirs et de soumettre à la clarté du ménage achevé, la pléthore et la dispersion : le remède est donc la codification. Nous soutiendrons que la codification du droit des transports est une thérapie qui s'impose (Section I). Nous accorderons une attention plus particulière, ensuite, à la codification du droit des transports maritimes : une thérapie en demi-teinte (Section II).

Section 1 : la codification du droit des transports, une thérapie qui s'impose.

La codification : voilà donc ici le remède à prescrire. Il reste à mieux cerner deux mots qui ont valeur de clés : qu'est-ce qu'un *code* ? Qu'est-ce qu'une *codification* ? La réponse est,

¹²⁸⁷ On pourrait rappeler le jugement, familier aux juristes, que faisait figurer René Descartes, licencié en droit, juriste de formation - comme un nombre élevé des grands classiques de notre langue – dans les débuts de son *Discours de la méthode* : « la multitude des lois fournit souvent des excuses aux vices, en sorte qu'un Etat est bien mieux réglé lorsque, n'en ayant que fort peu, elles y sont fort étroitement observées ». (R. Descartes, *Discours de la Méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*, 1637, in collection littéraire Lagarde et Michard, XVIIe siècle, Ed. Bordas, p. 84.)

probablement, sur les chemins de l'Histoire (I) C'est le droit des transports que l'on a codifié, non le droit des transports maritimes : les enjeux de ce choix seront à mettre en lumière (II).

I. Code et codification sur les chemins de l'Histoire.

Il existe dans le monde, et nous le savons, divers systèmes juridiques en vigueur. Les systèmes juridiques les plus connus sont le système dit de droit civil, le système de *common law*, les systèmes de droit mixtes. Mais il existe d'autres systèmes encore et, par exemple les systèmes basés sur le droit coutumier, les systèmes basés sur des droits religieux (droit musulman, droit talmudique, etc.) ; ils sont cependant moins répandus. Les systèmes de droit civil sont des systèmes de droit écrit. L'une de leurs caractéristiques majeures est qu'ils ont choisi de codifier systématiquement leur droit commun. C'est le cas de la France.

Etymologiquement, le mot code vient du terme latin « codex¹²⁸⁸ » qui signifie tablette à écrire, livre, registre, écrit.¹²⁸⁹ Le terme codification n'apparaît qu'au XIXe siècle avec le courant positiviste ; on le doit à Jeremy Bentham¹²⁹⁰, juriste et philosophe anglais.

Le plus ancien code complet¹²⁹¹ dont nous ayons connaissance est apparu en Mésopotamie au XVIIIe siècle avant Jésus Christ. C'est le code d'Hammourabi qui semble réunir les volontés célestes. « *Ainsi Hammourabi, au XVIIIe siècle avant notre ère, se présente-t-il comme un simple transmetteur de la parole de Samas, dieu du soleil et de la justice ; une stèle fameuse le représente debout, en position d'attente, devant le dieu qui grave lui-même sur des tablettes¹²⁹²* ». Sans doute serait-il envisageable en semblable façon d'évoquer les Tables de la Loi que Moïse a reçues, dans les grondements d'orage du Sinaï, des mains de Celui dont il ne devait pas prononcer le nom. Les premiers codes ont été le cadeau d'un Ciel juste et leurs lois sont obtenues de Dieu – gravant dans la pierre et façonnant dans la chair des mots la forme d'une vérité qui pourra s'habiller selon les saisons des hommes et qui, nonobstant, ne changera jamais plus de corps. *Tu ne tueras point !* C'est le fondement des théories du droit naturel. Il est vrai que le respect de la vie sera mis en concurrence avec le respect du guerrier victorieux : le Principe écrit dans le Livre est un enfant - qui devra, si lentement, grandir.

¹²⁸⁸ Le terme « codex » est lui-même dérivé du latin « caudex » (qui signifie souche, tronc d'arbre), voir sur ce point F.GAFFIOT, *Dictionnaire abrégé latin/ français*, éd. Hachette, édition revue et corrigée par C MAGNIEN-SIMONIN, Paris 1989, p.99

¹²⁸⁹ Dictionnaire abrégé latin/ français, Ibid p.115

¹²⁹⁰ Sur ce point lire Ost F, *Actualité de la pensée juridique de Jérémy Bentham*, Ed. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1987, p.163

¹²⁹¹ Le premier code connu est le code d'Ur- Nammu ; ce dernier date de 2100 avant J.-C., mais il n'est que partiellement connu des historiens ; sur ce point voir R. CABRILLAC, *les codifications*, éd. PUF, Paris 2002, p.11.

¹²⁹² Carbasse J-M., *Histoire du droit*, Presses Universitaires de France, Paris 2008, p. 8.

Ajoutons à cela que, comme le mot « codex », les premiers codes ouvertement façonnés par les hommes, ont vu le jour à Rome. Les premiers grands codificateurs sont les Romains. La codification française est née du droit romain. Cette filiation semblera d'autant plus certaine en droit français que les codes qui seront produits, passée la période de mise en sommeil du Moyen Age, seront toujours conçus selon le modèle de Rome.

Il est bien entendu qu'il n'y a pas de codes sans codification. Donc la différence des âges est uniquement pour les mots : le mot *code* est très ancien, le mot *codification*, nous venons de l'écrire apparaît en Angleterre au XIXe siècle. Un détail, au fond.

Pour mieux saisir la place et le rôle du code et de la codification dans le droit, sans doute est-il bon de s'attarder sur la genèse et l'affinement progressif de ces concepts (A). C'est après cela que nous nous demanderons ce qu'ils sont devenus dans le droit français d'aujourd'hui (B).

A. La genèse du concept de code et son histoire en droit français.

L'étude à travers le temps des notions de code et de codification reste un moyen d'en mieux saisir l'élaboration : car, au fil du temps, les notions de code et codification se sont sensiblement précisées puis enrichies. Nous retrouverons donc la présence de la codification dans l'antiquité romaine (1), au Moyen Age (2), à l'époque moderne (3) et à l'époque contemporaine (4).

1. Dans l'antiquité romaine

Le premier grand mouvement de codification date de l'époque romaine. En 451 avant Jésus-Christ fut élaborée « *le premier et le plus prestigieux des monuments juridiques de Rome, la première œuvre pouvant être assimilée à une codification* »¹²⁹³, la Loi des XII Tables. Avant cette Loi des XII Tables, la loi de Rome est largement religieuse. « *Ainsi, selon la légende, le roi Numa avait reçu ses « lois » de la nymphe Egérie, qu'il allait écouter au bord de sa fontaine* »¹²⁹⁴. Ce droit oral, écouté dans le murmure de la déesse est le *fas* par lequel il est permis de savoir ce qui est « *faste* » aux yeux des dieux comme ce qui est « *néfaste* » à rebours. L'interprétation des lois relevait des responsables du culte. Avec, semble-t-il, un certain arbitraire : à terme, une sensible insatisfaction se serait manifestée dans le peuple. Il est vrai que les prêtres appartenaient à l'aristocratie comme au demeurant les Consuls, vrais détenteurs, après le renversement de la monarchie, de *l'imperium* politique et

¹²⁹³ R. CABRILLAC, *les codifications*, op. cit., p.13

¹²⁹⁴ CARBASSE J-M., *Histoire du droit*, op. cit., p. 8.

peu soucieux de partager leur pouvoir avec les *plébéiens*, le peuple. A terme une consignation écrite des pratiques légales existantes, enrichies de nouveaux principes, fut adoptée¹²⁹⁵. C'est ainsi que naquit la Loi des XII Tables. Ce code « *avait pour objet de reconnaître certains droits aux citoyens en leur permettant de les faire sanctionner en justice : chaque fois que la loi a prévu une action, le magistrat doit désigner un juge chargé de trancher le litige dans le cadre fixé, mettant fin à l'arbitraire des consuls qui jugeaient au cas par cas* ».¹²⁹⁶

Les siècles qui suivront verront naître d'autres codifications. Par exemple, le Code Théodosien, synthèse officielle de l'ensemble des législations antérieures, publié par l'empereur Théodose II, empereur d'Orient, en 438 après Jésus-Christ. C'est la preuve apportée que l'Empire, au regard de l'œuvre juridique, est à la fois Rome et Constantinople. Près d'un siècle plus tard, en 529 après Jésus-Christ, Justinien Ier, lui-même empereur romain d'Orient, fit élaborer le code auquel est attaché son nom. Le code Justinien, connu sous son nom latin de *corpus juris civilis*¹²⁹⁷ est la plus grande compilation de droit romain antique, qui intègre tous les textes anciens de l'histoire romaine, en partant de la Loi des XII Tables. Ce code fit l'objet de deux versions, une en 529 et une autre en 534¹²⁹⁸. Il représente une œuvre colossale.

Encore est-il souhaitable de mentionner, par souci de bonne mesure, une autre œuvre entreprise également sous l'autorité de Justinien qui y aurait personnellement collaboré : le *Digeste (ou Pandectes)*. Il s'agit d'une compilation rigoureusement ordonnée de la jurisprudence romaine, entreprise en parallèle avec l'édification du code Justinien¹²⁹⁹ qui trie, résume¹³⁰⁰ et classe, avec un remarquable esprit de méthode, l'apparente totalité des témoignages jurisprudentiels connus. « *Justinien se targue d'avoir réalisé ce qui paraissait tout à fait impossible à l'esprit humain :... ramener à l'unité et l'harmonie le droit de Rome, depuis la fondation de la Ville jusqu'à notre époque, c'est-à-dire pendant quatorze siècles*¹³⁰¹ ». L'Histoire, à ce qu'on dit, ne se répète pas mais ses défis, parfois, sont répétitifs.

¹²⁹⁵ Sur la progressive distinction du *fas* d'origine divine et du *jus* qui appartient aux hommes et sur les conditions de rédaction des premiers codes, on lira le premier chapitre « *Du droit dit par les dieux au droit fait par les hommes* » de l'ouvrage ci-dessus cité, p. 7-34

¹²⁹⁶ R. CABRILLAC, *les codifications*, op. cit., p.13

¹²⁹⁷ Ibid., p.15. Il s'agit donc du *Recueil des droits des citoyens*. Mais il n'est pas interdit de saisir au passage, entre droit *civil* et *civilisation*, quelque furtif apparentement.

¹²⁹⁸ Ibidem

¹²⁹⁹ Le Digeste fut publié en 533 donc entre les deux éditions du Code.

¹³⁰⁰ Avec une réduction au vingtième de la documentation rassemblée. Sur l'édification du Digeste et du code Justinien, voir CARBASSE J-M., *Histoire du droit*, op. cit., p. 26 et s.

¹³⁰¹ Ibid., p. 27.

2. *Au Moyen-Âge*

Le Moyen Age, une vaste tranche du temps des hommes que les historiens calent entre la chute des deux empires – il commence à la chute de l’empire romain d’Occident, en 476, pour finir à la chute en 1453 de l’empire romain d’Orient - ne sera pas véritablement fertile en matière de création de codes. A partir du 13^{ème} siècle pourtant, s’organise un regroupement du droit coutumier des différentes régions de France et de nouveaux codes¹³⁰² apparaissent.

3. *A l’époque moderne*

Au 16^{ème} siècle, se développent, grâce au développement de l’imprimerie¹³⁰³ et pour faire face à l’inflation législative de l’époque, des recueils privés¹³⁰⁴ de lois. A côté de ces derniers, d’autres recueils, qualifiés eux aussi de codes, voient le jour. Ces ouvrages se composent de jurisprudence et parfois sont associés à de la coutume et à des édits et ordonnances royaux¹³⁰⁵. Peu à peu semble donc s’infléchir la notion de code où l’on ne distingue plus un recueil exclusif de lois.

4. *A l’époque contemporaine*

A l’époque contemporaine un retour marqué vers l’idée de code et de codification se constate : aussi bien sous la révolution (a) que sous l’empire (b) et plus récemment dans une perception sensiblement changée de l’idée de code où certains situent, peu à peu, le véritable soubassement du droit (c).

a. *Sous la révolution*

La révolution française est marquée par un accroissement massif¹³⁰⁶ du nombre des codes. Les « [...] *textes et coutumes variant d'une région à l'autre, il devient nécessaire de regrouper ces règles dans un ensemble unique et plus facilement accessible, dans un contexte politique où la primauté est donnée à la loi, expression de la volonté nationale* »¹³⁰⁷. La nécessité d’unifier le droit pour le clarifier et en faciliter l’accès s’impose aux esprits.

¹³⁰² Citons par exemple *Le Livre de Justice et de Plet* (1255-1260) ou encore *Les Etablissements de Saint-Louis* (1270).

¹³⁰³ L’invention de l’imprimerie est bien antérieure à cette date et le mérite en revient aux Chinois; Le premier ouvrage imprimé connu est en effet le « [...] *Sutra du diamant, imprimé par Wang Kie le 11 mai 868 et retrouvé à Dunhuang par l’archéologue anglais Aurel Stein en 1907* », Encyclopédie Encarta, op. cit.

¹³⁰⁴ Les tentatives publiques, visant à rassembler dans un code public l’abondante législation existante, échouèrent, Sur ce point voir R. CABRILLAC, *les codifications*, op. cit. p. 227-230.

¹³⁰⁵ Sur ce point voir l’ouvrage précité, p.23-33

¹³⁰⁶ Le professeur CABRILLAC qualifie le mouvement de « codicomanie », Ibid p.31.

¹³⁰⁷ Encyclopédie Encarta 2004

L'autorité publique s'approprie le concept de code. La Constitution française de 1791 fait d'ailleurs de l'institution des codes, une tâche prioritaire en précisant qu'il sera fait « [...] un code de lois civiles communes à tout le Royaume »¹³⁰⁸. Le sens donné au mot code va en être profondément modifié. Le code rassemble désormais toute la diversité de sources et non plus les lois seules, il n'est plus défini comme « [...] un recueil de lois, mais comme un recueil de droit »¹³⁰⁹. Enfin, le code devient public et se confond avec la loi, expression de la volonté générale, il en est la manifestation¹³¹⁰. Tout une série de codes¹³¹¹ sont créés, chacun d'entre eux couvrant son propre domaine de compétence. A l'opposé des codes privés antérieurs, ces codes transforment et complètent les sources du droit. Le code a une mission réformatrice, il modifie le fond du droit, il « apparaît clairement comme un instrument de refonte du droit ayant une nature législative »¹³¹².

b. Sous l'empire

L'œuvre « codificatrice » de fin du 18^{ème} siècle sera poursuivie par l'empereur Napoléon 1^{er}. Ce dernier se trouve à l'origine de l'élaboration d'un grand nombre de codes. Le plus célèbre, qui sera qualifié en 1807 de « code Napoléon » n'est autre que le code civil de 1804. Sans doute n'est-ce pas ici le lieu d'examiner les conditions de création de ce code civil ni les caractéristiques qui ont fait de lui l'un des grands monuments du droit contemporain qui a marqué le droit de la France et d'autres droits bien au-delà.

Napoléon se trouve à l'origine également :

- du code de procédure civile (en 1806),
- du code de commerce (en 1807),
- du code pénal (en 1810)
- et du code d'instruction criminelle (en 1812).

c. La conception la plus récente : le code en tant que fondement du droit

C'est en effet au cours du XIX^e siècle que la mission du code va progressivement changer dans l'avènement d'un nouveau courant philosophique, très formaliste, le positivisme

¹³⁰⁸ Titre 1^{er}, *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution*, de la Constitution française du 3 septembre 1791.

¹³⁰⁹Zenati F., *Les notions de code et de codification (contribution à la définition du droit écrit)*, in Mélanges Christian Mouly, Ed. Litec, Paris 1998, p. 230

¹³¹⁰ Sur ce point voir CABRILLAC R., *Les codifications*, op. cit. p.30

¹³¹¹ De façon non exhaustive, citons-en quelques exemples : un code rural en 1752, un code de la police en 1757, un code matrimonial en 1766, etc.

¹³¹².Zenati F., op. cit., p.236.

juridique¹³¹³. Le code est alors perçu comme une nécessité, car en donnant au droit une forme écrite, il lui permet d'exister. La mission du code n'est plus de rassembler le droit existant pour le réformer, mais de créer un droit unitaire, de faire « [...] naître un droit qui n'aurait pas d'existence sans lui, le droit positif »¹³¹⁴. C'est à cette époque que le concept de codification voit le jour afin de permettre la « [...] mise en code du droit non écrit »¹³¹⁵. La codification fait naître le droit. Codifier une source du droit ne signifie plus modifier son fond, mais sa forme¹³¹⁶ ; elle doit juste porter « l'uniforme ». On peut juger cependant que la démarche de création d'un code est grosse, depuis la nuit des temps historiques, d'une préoccupation qui perdure et qui reste aujourd'hui la nôtre : unifier. Rassembler, dans un même ordre de références, les droits et les devoirs, clarifier le droit positif afin qu'un même pacte clair apparaisse entre les sujets de droit. Tâche rude souvent : nous le savons pour le droit maritime.

Le début du 20^{ème} siècle s'est distingué par la timidité de ses codifications¹³¹⁷. La fin de la deuxième guerre mondiale, cependant, va marquer la renaissance de la codification en droit interne français. C'est l'occasion d'examiner la portée que prennent aujourd'hui, dans le droit français, le mot *code* et le mot *codification*.

B. Les conceptions de code et de codification en droit interne français actuel.

Il ne faut pas ici confondre la codification législative, que l'on pourrait nommer codification publique, avec la codification privée, qui est l'œuvre d'universitaires et qui a pour unique finalité de rassembler l'ensemble des textes d'une matière donnée - sans qu'il n'y ait de codification au sens juridique du terme - afin de faciliter l'accès au droit des matières considérées. À titre d'exemple, on pourrait citer le *Code maritime : Droit international et droits européens*¹³¹⁸ du professeur Olivier Cachard édité en 2006, ou encore le *Code des transports*¹³¹⁹ du Professeur Christophe Paulin édité en 2007, puis réédité en 2010.

Les mots code et codification prennent aujourd'hui, en droit, des significations particulières (1) : leur intérêt croissant prend forme de nécessité (2). L'acte de codifier fait en outre intervenir un nombre de méthodes diverses et qu'il convient de distinguer (3).

¹³¹³ Le positivisme juridique est une doctrine qui ne reconnaît de valeur qu'aux règles du droit positif tel qu'il est présenté dans les codes.

¹³¹⁴ .ZENATI, op. cit. p. 237

¹³¹⁵ Ibid.

¹³¹⁶ Le professeur ZENATI relève qu'à partir du 19^{ème} siècle « codifier ne veut pas dire changer le fond du droit mais seulement sa forme, conformément à l'esprit du nouveau siècle qui est formaliste », Ibid.

¹³¹⁷ Citons tout de même la création du code du travail publié livre par livre entre 1912 et 1927.

¹³¹⁸ Cachard O., *Code maritime : Droit international et droits européens*, Ed.Larcier, Paris 2006, 341 pages

¹³¹⁹ Paulin C., *Code des transports*, Ed. Lexis Nexis, Paris 2010, 1796 pages

1. Définitions actuelles des mots code et codification.

Nous tâcherons d'abord de préciser le concept actuel de code après son lent polissement dans les hautes marées de l'Histoire (a). Dans un second temps nous reconsidérerons, beaucoup plus récent, le concept de codification (b).

a. Le concept de code

La notion de code a été polie par quatre mille ans d'histoire et ne désigne pas aujourd'hui, strictement, la même chose qu'hier. Ainsi le mot code est investi de nos jours de multiples significations ce qui rend plus ardu le travail d'approche et qui cependant, dans la parenté qui apparaît entre elles, est de nature à éclairer la notion globale.

Il fait par exemple référence aux « [...] préceptes qui font loi dans un domaine (morale, goût, art, etc.) » C'est ainsi qu'il existe un code de l'honneur, un code de la politesse, un code du bien vivre. Et le mot peut désigner divers alphabets de représentations convenues, se trouvant employé pour qualifier des ensembles « [...] de signes ou de symboles conventionnels permettant de transmettre une information (comme le code morse, informatique ou secret) ou d'identifier un produit (code barre)»¹³²⁰, etc.

Dans son acception juridique, le mot code désigne enfin l'ensemble « [...] des dispositions légales relatives à une matière spéciale ou réunies par le législateur»¹³²¹. C'est dans ce sens que le mot code sera ici retenu, c'est-à-dire entendu comme un ensemble « [...] de lois ordonnées regroupant les matières qui font partie d'une même branche du droit »¹³²², comme les codes civil, pénal, de commerce, le code des transports etc. Le code est donc autant le contenant que le contenu du droit. Le plus familier – réputé tel – est probablement... le code de la route.

b. Le concept de codification

La notion de codification- beaucoup plus récente que celle de code- n'est pas, elle non plus, facile à appréhender. En effet, comme le concept de code, elle est riche de sens et comme lui elle est utilisée par d'autres sciences (en génétique, en informatique, etc.).

Dans leur lexique des termes juridiques, les professeurs Guillien et Vincent définissent la codification comme le regroupement « [...] dans un texte d'origine généralement gouvernementale d'un ensemble souvent complexe de dispositions législatives ou

¹³²⁰ Encyclopédie Encarta 2006

¹³²¹ Définition donnée par le dictionnaire de la langue française d'Emile, dans sa version consultable en ligne.

¹³²² *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p.119.

*règlementaires intéressant une même matière, celles-ci conservent leur portée et leur force juridiques originaires, ce qui pose des problèmes délicats lorsque la codification ne respecte pas strictement les textes qu'elle rassemble*¹³²³. La codification se résumerait-elle donc à une classification, par matière, des lois et règlements sans qu'aucune modification ne puisse être apportée à leur fond ? Le professeur CORNU décrit, quant à lui, la codification comme l'« [...] *action de faire un code* » et, par extension, « [...] *le résultat de cette action* »¹³²⁴.

Les termes de code et codification doivent donc être considérés comme participant d'une même notion ; la codification serait l'opération visant à réunir l'ensemble des textes juridiques par matière et le résultat de cette réunion ; le code *in fine* représentant le contenu rassemblé mais également le contenant.

La difficulté d'une définition complète et précise de l'acte de codification tient également au fait qu'il existe plus d'une technique de codification en droit interne français. Le mot codification ne s'entendra pas de la même façon selon la technique employée pour répondre à la nécessité de codifier notre droit, nécessité qui se fait de plus en plus impérativement sentir.

2. *L'intérêt de la codification*

S'agit-il d'intérêt ? S'agit-il de nécessité ? Nous pourrions parler de nécessaire intérêt, songeant cependant que la démarche est impérative. Il s'agit d'endiguer, peut-être de canaliser seulement, l'actuelle inflation normative aux dimensions comme aux effets saisissants (a). Cette inflation qui impose un travail de codification se trouverait en rapport avec une crise des sources : il est intéressant d'apercevoir le lien (b).

a. *L'inflation normative*

Nous savons grâce au Doyen Carbonnier que le droit fut – peut-être le reste-t-il ? – un objet de passion sous la Ve République et l'on sait que la passion parfois déborde la raison. C'est ce que constate une circulaire datant d'une quinzaine d'années : « *La prolifération et l'enchevêtrement de règles qui caractérisent aujourd'hui notre ordre juridique sont unanimement dénoncés ; il importe d'y mettre fin. Cet effort s'inscrit dans une tradition nationale [...] qui s'est développée depuis la Libération* »¹³²⁵. La complexification et l'accroissement des normes juridiques ont motivé les travaux de codification de l'après-

¹³²³ Ibid., p.118

¹³²⁴ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 163.

¹³²⁵ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, JORF n°129 du 5 juin 1996 page 8263.

guerre. En vérité leur nécessité s'est imposée, de plus en plus nettement, dans les ultimes décennies du siècle passé. Dans une circulaire¹³²⁶ du 15 juin 1987, le Premier ministre de l'époque¹³²⁷ estimait que le « [...] volume global des textes normatifs composant notre ordonnancement juridique connaît un accroissement continu. Ce phénomène, dont les conséquences négatives sont bien connues, doit être maîtrisé, dans son principe et dans ses modalités ».

La volonté politique de codifier, formulée de façon très nette¹³²⁸, est donc en rapport direct avec la prolifération des textes. On constate encore aujourd'hui, plus nettement qu'hier, une réelle complexification du droit positif, résultant principalement d'une inflation législative¹³²⁹. Cette dernière entraîne un résultat particulièrement inverse à celui qui était initialement recherché : l'augmentation de l'insécurité juridique.

Or cette multiplication normative¹³³⁰ est explicable, notamment, par le fait qu'en France, la loi conserve une valeur symbolique exceptionnellement forte pour les citoyens, elle « [...] reste prégnante dans la culture juridique française. Il en résulte une demande sociale importante tant est ancrée la croyance selon laquelle la loi vient à bout des difficultés, qu'elle est une solution, une garantie ou, en quelque sorte, une thérapeutique »¹³³¹.

Cette profusion de lois porte d'ailleurs pour conséquence une mauvaise effectivité de ces mêmes lois¹³³². *Qui trop embrasse, mal étireint* dit l'usage et les stratégies de la précipitation n'ont jamais fait beaucoup gagner de batailles : à « [...] la manière de l'inflation monétaire, l'inflation des lois entraîne leur dévalorisation [...] Les lois perdent souvent toute

¹³²⁶ Circulaire du 15 juin 1987 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, JORF du 17 juin 1987 page 6459

¹³²⁷ Monsieur Jacques CHIRAC

¹³²⁸ Par exemple le ministre de l'économie, des finances et de la privatisation de l'époque, M. Balladur estime que la « [...] mission de codification et de simplification des lois et des règlements doit être une priorité de l'Etat », cité par R.CABRILLAC, in *Les codifications*, op. cit. p.84.

¹³²⁹ Pour M. J.-D. Bredin ce constat est sans appel, ce dernier estime en effet que « Tout est devenu matière, ou prétexte, pour légiférer. Cette inflation législative, ou si l'on préfère cette obésité du droit que traduisent notamment la multiplication des lois promulguées et "l'invasion" des règlements, cela fait près d'un demi-siècle que le diagnostic en est constamment porté », in *Les maladies du droit*, Conférence en Grand' chambre de la Cour de cassation le 17 janvier 2005. . De même, le professeur Cabrillac estime qu'il suffit qu'« [...] un problème de société se pose, et [qu'alors] le recours au législateur est le premier voire le seul réflexe, aboutissant souvent à une loi paravent, dont la seule fonction est de donner à l'opinion publique le sentiment que le problème a été résolu », in *Introduction générale au droit*, op. cit., p.155 ; « La surproduction normative, l'inflation des prescriptions et des règles ne sont pas des chimères mais une réalité », Conseil d'Etat, Rapport Public, Ed. La documentation française, Paris 1991, n°43, p 15.

¹³³⁰ Sur ce point, voir notamment Conseil d'Etat, Rapport public 2006 – jurisprudence et avis 2005, *Sécurité juridique et complexité du droit*, op. cit., p. 231 et 234-244.

¹³³¹ Conseil d'Etat, op. cit., p.259.

¹³³² « La loi est faite pour prescrire, interdire, sanctionner. Elle n'est pas faite pour bavarder, créer des illusions, nourrir des ambiguïtés et des déceptions. La loi doit donc être normative : la loi non normative affaiblit la loi nécessaire en créant un doute sur l'effet réel de ses dispositions », Conseil d'Etat, Rapport public 2006 – jurisprudence et avis 2005, *Sécurité juridique et complexité du droit*, op. cit., p. 282.

*cohérence [...] »*¹³³³. Notre droit, référence et symbole de stabilité et de sécurité juridique s'opacifie, les «[...] *textes deviennent obscurs et les difficultés d'application se multiplient* »¹³³⁴. Dans son rapport¹³³⁵ de 2001 au Président de la République et au Parlement, le Médiateur de la République de l'époque affirme une l'instabilité des normes juridiques qui « [...] *provoque parfois, chez [le citoyen français], un grand désarroi. Se sentant isolé dans un maquis de procédures contraignantes et souvent incomprises, le citoyen ressent avec amertume la distance qui le sépare des centres de décision [...] il est indispensable de rendre plus accessibles les normes et les textes*».

Cet excès législatif actuel, n'est pas nouveau¹³³⁶ mais semble être entraîné par un phénomène inquiétant d'accélération. Depuis plusieurs décennies, chacun constate aisément que ce mouvement «d'inflation» n'a cessé de croître et que, plus globalement, c'est le droit tout entier qui se trouve asphyxié par cette hyperproduction législative. Codifier est donc devenu nécessaire afin d'ordonner, classer et même parfois rectifier certaines règles du droit incohérentes ou désuètes.

Tout étant dans tout, la nécessité de la codification serait à mettre en rapport avec une mutation des sources du droit.

b. La codification et la mutation des sources.

Il est indéniable aujourd'hui que les paysages du droit sont bouleversés. Ce bouleversement n'épargne pas les sources du droit dont l'ordonnement traditionnel pourrait être remis en cause. « *Certains auteurs estiment que l'idée de codification demeure associée à celle de mutation des sources du droit, il est certain pour eux que « [...] cette floraison nouvelle met en cause l'ordonnement des sources du droit car il existe une parenté directe entre l'œuvre de codification et la conception que l'on a de ces sources* »¹³³⁷,

Nous avons, en bien des endroits de la présente réflexion, manifesté notre intention de n'employer l'expression « *sources du droit* » que dans le sens appartenant à la théorie des

¹³³³ Cabrillac R., *Introduction générale au droit*, op. cit., p 156-157.

¹³³⁴ Ibid.

¹³³⁵ Rapport annuel 2001 du médiateur de la république au président de la République et au Parlement, Ed. La Documentation française; Paris 2002; p.7

¹³³⁶ Dans ses Essais, Montaigne soulignait déjà que nous avons en France «plus de lois que le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudrait à régler tous les mondes d'Épicure [et que] [...] les plus désirables, ce sont les plus rares, simples et générales», *Essais*, livre III, chapitre 13 (1580-1588).

¹³³⁷ C. KESSEDJIAN, La codification privée, in *On the progressive unification of private international law*, Liber amicorum G.A.L. Droz, The Hague, 1996, p.135 et s., spéc. P.137, citée par A. BODENES-CONSTANTIN, La codification du droit international privé français, thèse de doctorat, éd. Defrenois, tome 11, Paris 2005, p.144;

Sur ce point voir aussi mes développements sur la complexification du droit et la concurrence des sources du droit.

sources où elles désignent des réserves formellement différentes de droit formé, des puits de droit disponible – et qui sont alors la Loi *lato sensu*, la coutume, la jurisprudence aujourd’hui triomphante, la doctrine en tant que forme de droit souple et les autres formes de droit souple, le droit sacré, laïc et religieux qui constitue sans doute une notion complexe, l’acte juridique des particuliers – ce contrat si central en droit maritime – et le droit spontané qui, à côté du droit souple, est une source neuve et reconnue. Droit souple et droit spontané sont donc des arrivants nouveaux dans la liste des sources. On serait tenté, pour un peu, de les réunir sous quelque vocable unique, estimant qu’elles ont en commun de croître aujourd’hui sur les jachères de l’autorité d’Etat. Mais il est bien net que le droit spontané n’est pas forcément souple – et la *lex mercatoria*, par exemple a bien montré sa capacité contraignante – et rien ne contraint le droit souple à être spontané : l’Union européenne, ainsi que nous l’avons vu, produit du droit souple. Et pareillement l’OIT. Peut-être en vérité faudrait-il parler de sources nouvellement reconnues, de sources dont on parle depuis peu, dont on a d’abord voulu ne pas trop admettre l’impact : « *il y a lieu de penser*, déclarait il y a peu le Professeur Jestaz, *que le soft law est pour l’instant une goutte d’eau dans le vase très rempli de la législation, ce qui permet d’en faire largement abstraction.* ¹³³⁸ » Peut-être avons-nous ici des sources un peu mises à l’écart et dont le rôle est plus ancien dans la manifestation légitime du droit. Nous pourrions sans doute estimer – nous y reviendrons dans un essai final de reclassement de ces sources du droit – que la jurisprudence, à qui le Code civil en son article 5 interdit d’être une source en aucune façon, peut se regarder dans les faits comme une source souple et devient une source *dure* aujourd’hui, de vigoureuse énergie. N’est-ce pas un droit souple aussi que la doctrine ? Il est permis de se demander si le *droit spontané*, dont l’actuel essor fut mis en lumière il y a une dizaine d’années par la thèse du Professeur Pascale Deumier¹³³⁹ ne fut pas, dans le fond des temps, la source à l’origine des sources. Ces deux sources nouvelles – à ne retenir que leur récente installation dans les clartés de l’évidence – et susceptibles d’accueillir à moyen terme un important contingent de dispositions de droit, sont à considérer comme impliquant une sensible évolution du schéma des sources.

Il reste que, même à ce titre, et quand bien même un travail de codification viendrait modifier sur certains points le rangement de l’ensemble des sources, il importerait de ne pas regarder comme étant une *prolifération des sources* un phénomène énergiquement différent : la prolifération des antécédents, la prolifération des pressions qui se bousculent et qui

¹³³⁸ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, op. cit., 2005, p. 28

¹³³⁹ Deumier P., *Le droit spontané. Contribution à l’étude des sources du droit*, (Thèse de doctorat distinguée par le Ministère de la Recherche), Ed. Economica, Paris 2002, 477 pages

bousculent. Et ne sont pas une *prolifération des sources* non plus les bouleversements dans l'ordre des *producteurs* de droit : l'Europe et la mondialisation disposant vertement – mais peut-être assez mal – de l'ancien orgueil des Etats, les Etats, mesurant leur faiblesse, accueillant dans certains domaines, et légitimement semble-t-il, une régulation de *producteurs* privés. Si crise des sources il y a, cette crise n'est pas dans la prolifération desdites sources et le bouleversement prend d'autres formes.

Il faut noter :

- Le trop plein de la source légale, aperçue précédemment. Peut-on penser qu'aucune codification saura jamais le contenir si les opérations de rangement sont à tout moment contrebalancées par les arrivages nouveaux de textes : lois, règlements, décrets, modifications constitutionnelles et règlements de l'UE, directives et, moindrement, recommandations, commandements jurisprudentiels impératifs de la Cour européenne ayant pouvoir de museler jusqu'à la Constitution. La prolifération des dispositions qui sont de l'ordre de la loi – outre l'aspect politique et quasiment publicitaire à l'usage de l'opinion – n'est pas à mettre au compte d'une prolifération des sources mais de ceux qui veulent agir en propriétaires du puits.

- La prolifération de la loi – le suremplissage de la source légale où l'eau se trouble au gré des déversements – c'est aussi le problème du droit maritime. A ceci près que, si l'inefficience est atteinte souvent, les Règles de Rotterdam, pour asseoir une bonne clarté dont profiteraient les droits maritimes internes, n'ont à prendre le pas que sur quelques autres textes actuellement en vigueur.

- En dehors de la source légale : la source jurisprudentielle. En crise de croissance – ou bien d'adolescence - et qui, notamment cornaquée par l'UE, exerce une pleine autorité, parfois, sur ce parent qu'était la loi.

- La relative déshérence de la coutume : on croyait tant à l'avenir ! Mais les concepteurs de droit spontané sont-ils si loin, fondant des usages et posant des jalons, de certaines des conditions d'émergence de la coutume ancienne : une obligation de construire ou de pérenniser des arrangements pour y voir clair en dépit d'un éloignement de l'autorité ?

- Les producteurs de droit souple – intérieurs ou extérieurs au domaine public : les directives et les recommandations de l'UE, les directives de l'OIT mais aussi -car il convient d'y voir une source souple : une attention peut-être plus soutenue que l'on accorde à la réflexion doctrinale.

Si les sources sont moins bouleversées qu'une aperception trop rapide du mot conduirait à penser, leur bouleversement, lui, n'est pas fictif. Une codification qui est par principe un projet de remise en ordre, aura pour tâche imposée de ranger des ensembles de

normes et non seulement des lois, tenant en compte une augmentation sensible des sources. Il pourrait s'agir d'administrer– si l'on peut conserver cette expression de thérapeute – un remède anti-convulsif.

3. *Les méthodes de codification*

La part du droit total en vigueur en France aujourd'hui, qui serait codifiée, qui se trouverait insérée dans des codes français, s'estime à 40 %¹³⁴⁰. Les codificateurs ne sont pas menacés de manquer de travail. En droit français, la codification peut s'entendre de deux façons. Dans le premier cas, les codes « [...] *sont produits en retenant la présentation des textes dans leur rédaction en vigueur au moment de la codification sans mêler à cet effort une réforme de fond du droit* »¹³⁴¹, il est convenu d'appeler cette codification, codification à droit constant (a). Une autre façon de codifier le droit consiste à modifier non seulement sa forme, mais aussi son fond ; on parle alors de codification réformatrice ou à droit non constant (b).

a. La codification à droit constant

C'est la méthode la plus répandue en France pour codifier le droit.

Ajoutons que cette codification présente à son tour plusieurs variantes

A la fin de la seconde guerre mondiale, le gouvernement entreprend de codifier les textes existants et le 10 mai 1948, crée par décret¹³⁴², la Commission chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires. En quarante ans, cette Commission va accomplir un impressionnant travail de codification¹³⁴³ et ce sans intervention du Parlement et sans affecter le fond du droit ainsi codifié¹³⁴⁴. Ces codes sont donc élaborés à droit constant. Ils sont divisés en deux parties, l'une réglementaire et l'autre législative, mais qui sont toutes deux promulguées par décret¹³⁴⁵. Cette procédure de codification, dite **codification administrative**, est très critiquée car elle laisse « [...] *subsister à côté du*

¹³⁴⁰ Vingt et unième rapport annuel de Commission supérieure de codification 2010, p. 3

¹³⁴¹ Article 2-1-1 de la Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, op. cit.

¹³⁴² Décret n 48-800 du 10 mai 1948 commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires, JORF du 13 mai 1948 p. 4627.

¹³⁴³ Elle est à l'origine du code de la famille, du code de l'aide sociale, du code de la sécurité sociale, du code des assurances, du code des postes et télécommunications, du code des communes, du code des domaines, du code des élections, du code de l'aviation civile, du code de l'agriculture, du code de l'expropriation, du code de l'urbanisme, du code des marchés publics, du code de la santé publique, etc.

¹³⁴⁴ Voir R. CABRILLAC., *Les codifications*, op. cit. p.49.

¹³⁴⁵ C'est-à-dire par une « [...] décision exécutoire à portée générale ou individuelle signée soit par le président de la République, soit par le Premier ministre », Lexique des termes juridiques, op. Cit., p 202.

nouveau code les anciennes dispositions législatives »¹³⁴⁶, un décret ne pouvant par essence abroger une loi¹³⁴⁷.

En 1989, une nouvelle vague de codification est programmée. Le décret¹³⁴⁸ du 12 septembre 1989 abroge le décret du 10 mai 1948 et crée la Commission supérieure de codification. Cette Commission est chargée d'œuvrer à la simplification et à la clarification du droit et prend la suite de celle instituée en 1948. Elle est en charge de l'actuelle codification française ; elle est présidée par le Premier ministre de la République française¹³⁴⁹.

Les missions de la commission supérieure de codification sont décrites par l'article 1^{er} du décret du 12 septembre 1989. Il lui attribue notamment pour mission de :

- « - Procéder à la programmation des travaux de codification ;
- Fixer la méthodologie d'élaboration des codes en émettant des directives générales ;
- Susciter, animer et coordonner les groupes de travail chargés d'élaborer les projets de codes et fournir une aide à ces groupes en désignant un rapporteur particulier et le cas échéant des personnalités qualifiées;
- Adopter et transmettre au Gouvernement les projets de codes ».

Dans son premier rapport annuel de 1990, la commission supérieure de codification mettait en lumière les difficultés de la codification par décrets. Ce rapport soulignait que «[...] tant qu'elle n'a pas eu lieu, l'absence d'approbation par le Parlement entraîne de sérieux inconvénients. D'une part, les lois codifiées demeuraient en vigueur puisque le décret de codification ne pouvait naturellement les abroger. D'autre part, un risque non négligeable de contentieux apparaissait : on pouvait en effet, soutenir que le texte codifié avait illégalement apporté à la loi des modifications autres que de pure forme. Tant le Conseil d'État que la Cour de cassation ont ainsi été conduits à écarter l'application de certains articles des codes les plus variés. [...] Dans de telles conditions, la codification, loin de simplifier le droit, complique plutôt la situation et accroît l'insécurité »,

Ceci conduira le choix du Gouvernement vers l'adoption des codes par une loi, plutôt que par décret. Ce fut la codification législative. Guy Braibant souligne à ce propos que «[...] pour éviter les incertitudes et la précarité des codes, leurs parties législatives seront

¹³⁴⁶ R. CABRILLAC., *Les codifications*, op. cit. p.49

¹³⁴⁷ Une loi ne peut être abrogée que par une autre loi, ou par une norme juridique lui étant supérieure, ce qui n'est pas le cas du décret.

¹³⁴⁸ Décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification, JORF du 13 septembre 1989 page 11560, modifié en 2002 par le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet, JORF du 9 août 2002 page 13655

¹³⁴⁹ Article 2 du décret n° 89-647 du 12 septembre 1989, op. cit.

désormais systématiquement soumises à la validation parlementaire. Leurs dispositions auront donc force de loi, de sorte qu'elles se substitueront entièrement aux lois antérieures, qui seront abrogées ; ainsi les codes doivent progressivement, au fur et à mesure de leur promulgation, remplacer les lois et décrets »¹³⁵⁰.

Le programme de codification confié à la commission supérieure de codification était très ambitieux, au point d'être difficilement réalisable. La circulaire¹³⁵¹ du 30 mai 1996 énonçait en effet que « la Commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires [s'est engagée dans] la rédaction d'une quarantaine de codes ».

De nombreux codes vont cependant être adoptés sous l'égide de cette commission. On peut ainsi citer la création du code de la propriété intellectuelle le 1^{er} juillet 1992, le code rural, la partie législative du code de la consommation le 26 juillet 1993 et sa partie réglementaire le 27 mars 1997; etc.

En 1999, le mouvement de codification connaît une crise, le Parlement n'a plus matériellement le temps de procéder à l'adoption des codes. Une loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes va alors être adoptée le 16 décembre 1999¹³⁵² afin d'atténuer le retard accumulé dans les travaux de codification. Elle autorise le gouvernement à procéder, à droit constant¹³⁵³ et par ordonnances¹³⁵⁴ à l'adoption de la partie législative de neuf codes¹³⁵⁵. Jugée inconstitutionnelle, la loi est déférée au Conseil constitutionnel par plus d'une soixantaine de députés de l'opposition. Le Conseil constitutionnel rejette leur demande ; il estime que la finalité de la **codification par ordonnance** répond « [...] à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »¹³⁵⁶. En considérant que « [...]

¹³⁵⁰ Braibant G., *La codification*, in encyclopédie universalis

¹³⁵¹ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, op. cit.

¹³⁵² Loi 99-1071 du 16 décembre 1999, portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, JORF n°296 du 22 décembre 1999 page 19040.

¹³⁵³ « Les dispositions codifiées sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, sous la seule réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit », article 1alinéa 2 de la loi du 16 décembre 1999.

¹³⁵⁴ L'ordonnance est l'acte « [...] fait par le gouvernement, avec l'autorisation du parlement, dans les matières qui sont du domaine de la loi (article 38 de la constitution de 1958). Le pouvoir de faire des ordonnances est limité dans sa durée et dans son objet », Lexique des termes juridiques, op. Cit., p. 437.

¹³⁵⁵ Article 1 alinéa 1 de la loi du 16 décembre 1999 : « Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à procéder, par ordonnances à l'adoption de la partie législative des codes suivants :

1° Livres VII et IX et mise à jour des livres Ier, II, III, IV, V, VI et VIII du code rural ; 2° Code de l'éducation ; 3° Code de la santé publique ; 4° Code de commerce ; 5° Code de l'environnement ; 6° Code de justice administrative ; 7° Code de la route ; 8° Code de l'action sociale ; 9° Code monétaire et financier.

¹³⁵⁶ Décision du Conseil constitutionnel n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, JORF du 22 décembre 1999

*l'autorisation donnée au Gouvernement de procéder à l'adoption de la partie législative des neuf codes mentionnés à l'article 1er de la loi déferée vise à la codification de dispositions législatives en vigueur au moment de la publication des ordonnances [et] que le Gouvernement ne saurait donc apporter de modifications de fond aux dispositions législatives existantes [et qu'enfin] les seules exceptions prévues à ce principe sont limitées dans leur portée et sont strictement définies par la loi déferée»*¹³⁵⁷, le Conseil constitutionnel consacre constitutionnellement la codification par ordonnance et à droit constant, après la codification administrative puis législative était née la codification par ordonnance.

La commission supérieure de codification ne peut donc normalement codifier qu'à droit constant. En effet, l'article 1^{er} du décret du 27 février 2008, modifiant l'article 1^{er} décret du 12 septembre 1989, précise l'obligation faite à la commission supérieure de codification d'adopter et de transmettre au Gouvernement des projets de codes élaborés dans les conditions définies par l'article 3 de la loi du 12 avril 2000¹³⁵⁸, lequel dispose que la «[...]codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes. Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit ». Cette définition de la codification, à droit constant, est fidèle à celles données par la circulaire du 30 mai 1996¹³⁵⁹ qui se voulait un document de référence en matière de codification et par la loi d'habilitation du 16 décembre 1999¹³⁶⁰, prise en application de l'article 38¹³⁶¹ de la Constitution.

La codification législative doit donc se faire à droit constant. Pour autant, cette définition ne s'impose pas au législateur qui reste libre d'y déroger en autorisant une codification à droit non constant. Ainsi, l'article 3 de la loi¹³⁶² du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs rapports avec l'administration autorise le recours à « des

¹³⁵⁷ Ibid.

¹³⁵⁸ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, JORF du 13 avril 2000

¹³⁵⁹ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, op. cit..

¹³⁶⁰ Loi du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie Législative de certains codes est adoptée, op. cit.

¹³⁶¹ L'article 38 de la constitution dispose que « *Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif* ».

¹³⁶² Loi no 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, JORF n°88 du 13 avril 2000 page 5646

modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit ».

b. La codification à droit non constant.

La codification à droit non constant ou réformatrice s'entend de celle qui va réécrire, modifier, réorganiser le fond du droit.

L'exemple français le plus connu, de codification à droit non constant, est sans aucun doute le code civil de 1804¹³⁶³, que l'on doit à Napoléon. A partir du milieu du 19^{ème} siècle cependant, la codification réformatrice ne va plus être utilisée en France. Il faudra attendre 2003, pour voir admettre de nouveau le recours à cette codification.

En 2003, le législateur confie au gouvernement la tâche de simplifier le droit en prenant, notamment, un certain nombre d'ordonnances afin de simplifier et modifier le fond du droit¹³⁶⁴. Soixante députés saisissent, dès l'adoption de la loi, le Conseil constitutionnel car ils estiment que l'habilitation donnée au gouvernement méconnaît l'article 38 de la Constitution « [...] en tant qu'elle déroge au principe de « la codification à droit constant »¹³⁶⁵. Le Conseil constitutionnel rejette leur demande¹³⁶⁶ au motif que [...] *l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification ; que cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* »¹³⁶⁷ et que « [...] *l'article 38 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que le législateur habilite le Gouvernement à modifier ou compléter un code existant dès lors que cette habilitation précise la finalité des mesures à prendre* »¹³⁶⁸. La loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit est définitivement adoptée le 2 juillet 2003¹³⁶⁹.

¹³⁶³ «La forme la plus achevée de code correspond aux grandes œuvres réformatrices qui intègrent dans un ensemble unitaire un corpus de règles anciennes et un apport de règles nouvelles exprimant les principes d'organisation de la nouvelle société ; l'archétype en est le code civil français », OPPETIT B., *De la codification*, in *La codification* sous la dir. de BEIGNIER B., éd. Dalloz, Paris 1996, p.15

¹³⁶⁴ Par exemple l'article 32 de la loi autorise le gouvernement, dans « [...] les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, afin d'inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées et pour remédier aux éventuelles erreurs ou insuffisances de codification, [...] à modifier par ordonnance les parties législatives : 1° Du code rural ; 2° Du code général des collectivités territoriales ».

¹³⁶⁵ Décision du Conseil constitutionnel n°2003-473 DC du 26 juin 2003, JORF n° 152 du 3 juillet 2003 p. 11205, 27^{ème} considérant.

¹³⁶⁶ Ibid.

¹³⁶⁷ Décision du Conseil constitutionnel n°2003-473 DC du 26 juin 2003, op. cit., 5^{ème} considérant.

¹³⁶⁸ Ibid, 28^{ème} considérant.

¹³⁶⁹ Loi n°2003-591 du 2 juillet 2003, habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, JO du 3 juillet 2003.

Le 18 novembre 2004, le législateur confie, de nouveau, au pouvoir exécutif « [...] le soin de prendre des ordonnances destinées, pour toute une série de législations, à réécrire, simplifier, alléger, harmoniser le fond du droit »¹³⁷⁰. La constitutionnalité de cette loi est, elle aussi, remise en cause. Le Conseil constitutionnel est donc à nouveau saisi et le 2 décembre 2004¹³⁷¹ il rejette, une fois encore, le recours des parlementaires, au motif que l'urgence et l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire rendent nécessaires les articles d'habilitation figurant dans la loi du 9 décembre 2004, afin d'assurer le respect des principes à valeur constitutionnelle que sont les principes d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; le Conseil constitutionnel estime enfin que les articles incriminés ne sont pas « [...] par eux-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, contraires [aux règles et principes de l'article 38 de la constitution] ». La loi de simplification du droit est définitivement adoptée le 9 décembre 2004¹³⁷².

La codification à droit non constant reste toutefois un phénomène marginal. Elle intervient lorsque la codification à droit constant atteint ses limites et que le droit doit être modifié pour gagner en lisibilité ; la codification à droit constant ne permet en effet « [...] aucunement de remédier aux incohérences éventuelles du droit existant, puisqu'elle rejette hors de son domaine tout effort de réflexion, de définition ou d'innovation, comme si l'on proposait comme œuvre accomplie ce qui ne devrait être que la première esquisse »¹³⁷³.

Plus récemment la loi¹³⁷⁴ du 12 mai 2009 visant à simplifier et clarifier le droit et alléger les procédures a autorisé le gouvernement, dans les conditions prévues à l'article 38 de la constitution, à « [...] procéder par ordonnances à la création de la partie législative du code des transports. »¹³⁷⁵

II. Les enjeux de la codification du droit des transports

L'apparition d'un code des transports relève d'un choix qui, probablement, n'aurait pas été spontanément celui des maritimes. Il représente en effet la condamnation d'un espoir qui fut longuement cultivé : celui de voir naître un jour un code maritime français (A).

¹³⁷⁰ Cahiers du Conseil constitutionnel n°18.

¹³⁷¹ Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, JORF n°287 du 10 décembre 2004 page 20876

¹³⁷² Loi de simplification du droit, n°2004-1343 du 9 décembre 2004, JORF n°287 du 10 décembre 2004 page 20857

¹³⁷³ BUREAU D., *Remarques sur la codification du droit de la consommation*, D. 1994, p. 291.

¹³⁷⁴ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JORF n°0110 du 13 mai 2009 page 7920

¹³⁷⁵ Article 92 I

Il apparaît à l'évidence que le choix du législateur est d'unifier les règles des différents transports (B).

A. L'espoir déçu d'un code maritime français

Les temps glorieux de l'Ordonnance de la Marine ne sont plus. Faut-il en cultiver diverses nostalgies ? Le droit maritime est d'abord comme détourné de sa spécificité pour être introduit dans le code de commerce (1). Le projet officiellement arrêté, plus tard, de la constitution d'un code maritime est finalement resté lettre morte (2).

1. L'insertion de la matière maritime dans le code de commerce.

En 1807¹³⁷⁶, les sources privées du droit maritime furent introduites dans le livre II du code de commerce, consacré au commerce maritime, afin de les soumettre aux théories générales du droit commun. Certains y virent alors le signe, d'une certaine manière, d'une perte du particularisme du droit maritime.

Au surplus, les rédacteurs du code de commerce se sont, à l'occasion, contentés de recopier, médiocrement, des dispositions de l'ordonnance de la marine de 1681, les professeurs Ripert et Roblot notaient d'ailleurs à cet égard que « [...] ses rédacteurs n'ont pas fait grand effort pour la moderniser »¹³⁷⁷. Ce texte se révélera, bien entendu, insuffisant pour « [...] répondre aux besoins du capitalisme maritime »¹³⁷⁸.

Pour cette raison, de nombreuses réformes furent apportées au code de 1808. Ce fut le cas de la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime, où l'adoption des codes du travail maritime et du code disciplinaire et pénal de la marine marchande en 1926.

Il faudra attendre les années 1960, cependant, pour que la création d'un code maritime soit enfin envisagée.

2. Le projet non abouti d'un code maritime.

Le ministre de la justice des tous débuts de la Ve République, Jean Foyer, souhaitait faire œuvre utile en ce domaine. Aussi confia-t-il à une commission restreinte, composée de personnalités spécialisées en droit maritime et dirigée par le Doyen Rodière, la réforme du droit maritime français¹³⁷⁹. Le projet de réforme se proposait d'édifier un code maritime. Faute de temps, ce Code maritime ne fut pas élaboré. A sa place, virent le jour, pour

¹³⁷⁶ Le code de commerce ne sera effectivement promulgué qu'en 1808

¹³⁷⁷ Ripert G. et Roblot R., *Traité de droit commercial*, Ed. L.G.D.J., 13ème éd., Paris 1989, Tome 1, p. 79.

¹³⁷⁸ Remond-Gouilloud M., *Droit maritime*, op. cit., p.16

¹³⁷⁹ Sur ce point voir Du Pontavice E., *L'œuvre du doyen Rodière en droit maritime*, DMF 1982.407, p.650-651

remplacer les textes anciens insérés dans le code de commerce, cinq lois, complétées par leurs décrets d'application :

- La loi n°66-420 du 18 juin 1966, sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes et son décret d'application n°66-1078 du 31 décembre 1966.
- La loi n°67-5 du 3 janvier 1967 et son décret d'application n°67-967 du 27 octobre 1967, portant statut des navires et autres bâtiments de mer.
- La loi n°67-522 du 3 juillet 1967 et son décret d'application n°76-666 du 16 juillet 1976, sur les assurances maritimes.
- La loi n°67-545 du 7 juillet 1967 et son décret d'application n°68-65 du 19 janvier 1968, relatifs aux évènements de mer.
- La loi n°69-8 du 3 janvier 1969, relative à l'armement et aux ventes maritimes et son décret d'application n°69-679 du 19 juin 1969.

Dans son œuvre législative, le Doyen Rodière s'est fortement appuyé sur les conventions internationales maritimes existantes, ce qui explique que, malgré la déception éprouvée face à l'abandon du projet de créer un code maritime, les réformes opérées entre 1966 et 1969 aient été bien accueillies. Elles ont réussi à donner « [...] *au droit maritime français un souffle qui l'a réveillé de sa torpeur* »¹³⁸⁰. Ces textes subiront, au cours des années qui suivront, un certain nombre de modifications dont la vocation sera de mettre les lois françaises en conformité avec les conventions internationales ratifiées par la France.

Le 16 décembre 1999, une loi¹³⁸¹ va habiliter le gouvernement à procéder par ordonnance à l'adoption de la partie législative du nouveau code de commerce. Une réforme de ce code est donc intervenue par le biais d'une ordonnance¹³⁸² du 18 septembre 2000. Cette réforme avait une vocation codificatrice. Elle assumait cette vocation, mais elle fit également disparaître du code de commerce toutes dispositions relatives à la matière maritime¹³⁸³.

¹³⁸⁰ Bonassies P., *Le droit maritime français 1950- 2000 évolution et perspectives*, revue Scapel, janvier- février-mars 2002, n°1, p.5

¹³⁸¹ Loi 99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, JORF n°296 du 22 décembre 1999 page 19040

¹³⁸² Ordonnance no 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce, JORF n°219 du 21 septembre 2000 page 14783

¹³⁸³ A l'exception de quelques textes disséminés, par-ci par-là, dans le code qui concerne la matière maritime, comme par exemple l'article L. 110 - 2 qui liste les activités maritimes que la loi répute actes de commerce du code de commerce et qui se trouvent dorénavant intégré dans le livre I, intitulé *Du commerce en général*. Cet article dispose en effet que « *La loi répute pareillement actes de commerce : 1° Toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure ; 2° Toutes expéditions maritimes ; 3° Tout achat et vente d'agrès, apparaux et avitaillements ; 4° Tout affrètement ou nolisement, emprunt ou prêt à la grosse ; 5° Toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer ; 6° Tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages ; 7° Tous engagements de gens de mer pour le service de bâtiments de commerce* ». On pourrait objecter à ceci que c'est l'éditeur (Dalloz...) qui dans un « appendice » proposait aux utilisateurs de son « code » l'accès aux lois Rodière. Il n'en reste pas moins que la codification

Suite à cette réforme, le Livre II de l'ancien Code de commerce intitulé « *Du commerce maritime* » va disparaître. A l'image de son prédécesseur, le nouveau Code de commerce laisse non codifiés les textes relatifs au droit maritime et au droit des transports.

Pourquoi le législateur manifestait-il un tel désintérêt pour la matière maritime ? Etait-ce une sorte d'aveu de la spécificité du droit maritime ?

Ceci fit renaître l'espoir de voir enfin naître un code maritime, à l'image de ce qui s'est fait dans nombre d'autres pays. Bien des pays disposent en effet d'un code maritime, d'un code du commerce maritime ou encore d'un code de la navigation maritime. Les exemples sont nombreux et nous nous n'en évoquerons que quelques-uns. Le Maroc, par exemple, s'est doté d'un code du commerce maritime en 1919, l'Italie a créé son code de la navigation en 1942, la Pologne, déjà dotée d'un code maritime depuis 1961, vient de le réformer le 4 juin 2002, la Chine, après quarante années de travaux préparatoires a vu son code maritime entrer en vigueur le 1^{er} juillet 1993.

On peut s'étonner que la France, un pays de tradition maritime immémoriale, n'ait pas su se doter d'un semblable code maritime, ou, par exemple, d'un code des activités maritimes, touchant à la fois aux activités privées et publiques en relation avec la mer.

Mais sans doute faut-il laisser les regrets. Le législateur a décidé que la thérapie au niveau interne devrait passer par la codification du droit des transports dans toute sa globalité, quitte à vider de leur contenu les codes touchant à la matière maritime comme par exemple le code du travail maritime ou encore le code disciplinaire et pénal de la marine marchande. Il est vrai que ces deux codes, ainsi que nous l'avons déjà dit, se signalaient par leur état d'ancienneté.

B. L'unification des règles des différents transports, une ambition réaffirmée par le législateur

Il faut penser que la création d'un code des transports est une démarche globale et que cette démarche est inspirée de l'évolution du monde à quoi le droit, dans sa mission d'information, de préservation des équilibres, est tenu de porter la meilleure attention. Le code des transports est au demeurant le fruit d'une gestation lente (1). Ainsi mûri, ce code des transports porte deux marques de fabrique (2).

récente aurait pu réintégrer les lois commerciales maritimes dans le code de commerce et ce n'est pas le choix qui fut fait.

1. La lente gestation du code des transports

Le choix du législateur de codifier le droit des transports peut sans doute trouver une explication dans le désir croissant, manifesté depuis plusieurs décennies, d'unifier l'ensemble des règles relatives aux différents transports. Ce choix se trouvait peut-être en gestation, déjà, la loi d'orientation des transports intérieurs (a). Ce choix connaîtra donc une période intermédiaire d'attente et de réflexion (b). Le projet de loi de ratification se trouve actuellement en attente (c). Le code des transports est susceptible de subir, dans l'attente, des ajustements impératifs (d).

a. Le lointain antécédent : la loi d'orientation des transports intérieurs.

La loi dont il s'agit date de 1982 mais il est permis d'y découvrir à tout le moins les prémices d'une approche juridique d'ensemble des transports. Ainsi Roland Peylet¹³⁸⁴ estime-t-il que «[...] l'idée de réunir tout le corpus juridique des transports était en germe, peut-on dire, depuis que la loi d'orientation des transports intérieurs (LOTI) [...] avait pour la première fois tentée de formaliser une conception globale de la politique des transports, limitée cependant, ainsi que l'indique son propre intitulé, aux transports intérieurs »¹³⁸⁵.

Cette loi¹³⁸⁶ d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982, aujourd'hui abrogée, se composait de trois titres :

- Le titre premier étant consacré aux dispositions générales applicables aux différents modes de transport
- Le titre deux portait dispositions particulières aux différents modes de transport
- Enfin le dernier titre était consacré aux dispositions diverses

Le second titre était divisé en six chapitres correspondant, dans l'ordre donné par la loi, au transport ferroviaire, aux transports urbains de personnes, au transport routier non urbain de personnes, au transport routier de marchandises, au transport fluvial et enfin, pour ce qui regarde le dernier chapitre, au transport aérien. À première vue cette loi semblait exclure le transport maritime. Cependant l'article 48, figurant dans le dernier titre de la loi, s'appuyant sur l'article 44¹³⁸⁷ de la même loi – lequel indiquait que « *Sont considérés comme*

¹³⁸⁴ Monsieur Roland Peylet est Conseiller d'État, président-adjoint de la section des travaux publics du Conseil d'État.

¹³⁸⁵ Peylet R., *Genèse du code des transports*, AJDA 2011.825, revue consultée en ligne sur le site Internet de Dalloz

¹³⁸⁶ Loi 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, JORF du 31 décembre 1982 p. 4004

¹³⁸⁷ Les dispositions de cet article nous intéressant sont aujourd'hui intégrées dans l'article L1000-1 du code des transports, cet article dispose que « *Sauf dispositions contraires, les transports terrestres régis par le présent*

transports intérieurs pour l'application de la présente loi, dès lors que leur régime n'est pas fixé par des traités ou accords internationaux, les transports de personnes et de marchandises entre un point d'origine et un point de destination situés sur le territoire national » - s'intéressait aux transports maritimes et par dérogation à l'article 44, prévoyait également que les transports maritimes réglementés par les articles¹³⁸⁸ 257 et 258 du code des douanes entraient dans le champ d'application de ladite loi. Il s'agissait :

- Des transports effectués entre les ports de la France métropolitaine et par des navires battant pavillon français.
- Des transports, autres que ceux d'hydrocarbures, effectués par des navires battant pavillon français ou algériens ou par des navires affrétés par l'un ou l'autre des deux pays, entre les ports de la France métropolitaine et les ports algériens.
- Des transports effectués, entre les ports d'un même département français d'outre-mer ou entre les ports des départements de la Guadeloupe, de la Guyane et de la Martinique, par des navires battant pavillon français.

La loi d'orientation des transports intérieurs intégrait donc le transport maritime au sein d'une approche globale et témoignait donc déjà d'une vocation nettement unificatrice. On a pu juger que « [...] donner toute leur portée aux principes fondateurs définis par cette loi est la première raison d'être du code »¹³⁸⁹ des transports.

b. Une période intermédiaire d'attente et de réflexion.

Le projet d'une codification du droit des transports, pris dans leur globalité, figurait déjà parmi les projets de la commission supérieure de codification qui l'avait annoncé, dans son programme général de codification, annexé¹³⁹⁰ dans la circulaire¹³⁹¹ du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires. Cette circulaire précisait également l'intérêt substantiel d'une codification, cette dernière précise-t-elle, « [...] entraîne déjà, par le regroupement et la clarification qu'elle opère, une amélioration du droit. Elle précède l'effort de simplification des textes, qu'elle prépare et facilite ».

code s'entendent des transports qui s'effectuent entre un point d'origine et un point de destination situés sur le territoire national ».

¹³⁸⁸ Ces articles ont été modifiés par la loi 2001-43 du 16 janvier 2001 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports, JORF n°14 du 17 janvier 2001 page 848.

¹³⁸⁹ Peylet R., *Genèse du code des transports*, op. cit.

¹³⁹⁰ Voir Annexe du programme général de codification 1996-2000 adopté par la Commission supérieure de codification dans sa séance du 4 décembre 1995 – B- activités économiques –point 28

¹³⁹¹ Circulaire déjà citée.

Pour autant, ce projet d'une codification du droit des transports devra prendre son mal en patience. Il faut attendre la loi¹³⁹² du 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, pour que le gouvernement soit habilité¹³⁹³ à codifier par ordonnance le droit des transports.

Dans son article 92 II, cette loi précise, que : « *Ces ordonnances sont prises dans les vingt-quatre mois¹³⁹⁴ suivant la publication de la présente loi. Un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication de chaque ordonnance* ».

A la date de ce jour, on peut penser que l'essentiel est fait mais que tout n'est pas dit.

c. La publication de l'ordonnance.

L'Ordonnance du 28 octobre 2010¹³⁹⁵ a été publiée le 3 novembre 2010, donc le Parlement devait être saisi du projet de loi de ratification pour le 3 février 2011 au plus tard. Ce délai a été respecté puisqu'un projet de loi¹³⁹⁶ ratifiant cette ordonnance a été déposé le 19 janvier 2011 à la Présidence de l'Assemblée nationale. Il est précisé que « *Le présent projet de loi porte ratification de l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports, prise en application de la loi du 12 mai 2009 susmentionnée, et qui a fait l'objet d'une publication au Journal officiel de la République française le 3 novembre 2010* ».

Ce projet de loi de ratification est aujourd'hui en cours d'examen, et bien que le code des transports soit entré en vigueur, à l'heure d'aujourd'hui ses dispositions « [...] *sont directement applicables, mais elles n'ont pas encore de valeur législative. Pour l'instant, il s'agit simplement d'actes administratifs, susceptibles en tant que tels de recours pour excès de pouvoir aux justiciables d'une exception d'illégalité. Elles ne deviendront des dispositions*

¹³⁹² Loi précédemment citée.

¹³⁹³ L'article 92 I de la loi du 12 mai 2000 dispose que « *Dans les conditions prévues à l'article 38 de la constitution, le Gouvernement est autorisé à procéder par ordonnances à la création de la partie législative du code des transports* ».

¹³⁹⁴ Nouveau délai introduit par l'article 28 de la loi 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, JORF n°0284 du 8 décembre 2010 page 21467 . Le délai prévu initialement était de 18 mois.

¹³⁹⁵ Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports, JORF n°0255 du 3 novembre 2010 page 19645

¹³⁹⁶ Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 janvier 2011

législatives, et ce rétroactivement, qu'à partir du jour où la loi de ratification les aura entérinés »¹³⁹⁷

Les dispositions du code du transport sont donc susceptibles de subir un recours en annulation si leur légalité se trouve contestée. Le cas, précisément, s'est présenté.

d. De nécessaires ajustements.

La décision¹³⁹⁸ du Conseil d'Etat du 28 décembre 2010 a suspendu l'exécution de l'article L. 5341-14 du code de transports, issu de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010. L'article L. 5341-14 dispose en effet que « [...] *le pilote, par l'abandon du cautionnement mentionné à l'article L5341-13, peut s'affranchir de la responsabilité civile résultant de l'application des dispositions des articles L. 5341-11 et L.5341-12, sauf si la faute est de nature à donner lieu à procédure disciplinaire* ». L'impossibilité de se libérer relève ici d'un cas de figure assez large. Et le pilote est, de ce fait, exposé.

La possibilité pour le pilote de s'affranchir de la responsabilité civile en abandonnant son cautionnement n'était refusée que dans des cas plus restreints par l'article 21 de la loi du 3 janvier 1969 qui est remplacé par l'article L. 5341-14 susvisé. L'article 21 de la loi du 3 janvier 1969 ne refusait au pilote de s'affranchir de sa responsabilité civile (hors les cas prévus par le code de justice militaire) « *que dans l'hypothèse¹³⁹⁹ où il aurait échoué, perdu ou détruit volontairement et dans une intention criminelle, un navire.* » Ce qui est un cas de figure indiscutablement restreint. Le pilote était moins exposé.

L'ordonnance du 28 octobre 2010 n'étant pas encore ratifiée, le conseil d'État a donc été saisi en référé, le 28 décembre 2010, et a reconnu l'erreur du législateur dans la rédaction de cet article¹⁴⁰⁰.,.

¹³⁹⁷ Delebecque P., *Le code des transports : précaire durable ?* Revue de droit des transports n°3, mars 2011, repère 3.

¹³⁹⁸ CE du 28 décembre 2010, n° 344754, Inédit au recueil Lebon.

¹³⁹⁹ Hypothèse visée par l'article 79 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande, aujourd'hui abrogé et remplacé dans le code des transports par l'article L. 5263-2.

¹⁴⁰⁰ « Considérant que l'article L. 5341-13 du code des transports impose à tout pilote de fournir un cautionnement ; que l'article L. 5341-14 du même code dispose que le pilote, par l'abandon du cautionnement mentionné à l'article L. 5341-13, peut s'affranchir de la responsabilité civile résultant de l'application des dispositions des articles L. 5341-11 et L. 5341-12, sauf si la faute est de nature à donner lieu à procédure disciplinaire ; que cet article a remplacé l'article 21 de la loi du 3 janvier 1969 aux termes duquel le pilote, par l'abandon de ce cautionnement, peut s'affranchir de la responsabilité civile résultant des articles précédents, sauf dans le cas où la faute par lui commise constitue une infraction à l'article 79 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande ; qu'aux termes de ce dernier article toute personne qui, en dehors des cas prévus par le code de justice militaire, échoue, perd ou détruit, volontairement et dans une intention criminelle, un navire quelconque, par quelque moyen que ce soit, est punie des peines encourues pour les destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes, réprimées par les articles 322-6 à 322-11 du code pénal ; qu'il résulte de ces dispositions que l'article L. 5341-14 du code des transports, issu de l'ordonnance du 28 octobre 2010, étend les cas où le pilote ne peut pas, par l'abandon de son cautionnement, s'affranchir de sa responsabilité

Afin, notamment, de rectifier cette erreur une seconde ordonnance¹⁴⁰¹ du 24 février 2011 relative au code des transports fut adoptée. Dans son article 5, point 11, b, elle précise que l'article L. 5341-14 est remplacé par les dispositions suivantes : «*Le pilote, par l'abandon du cautionnement mentionné à l'article L. 5341-13, peut s'affranchir de la responsabilité civile résultant de l'application des dispositions des articles L. 5341-11 et L. 5341-12, sauf si sa faute est d'avoir, volontairement et dans une intention criminelle, échoué, perdu ou détruit un navire par quelque moyen que ce soit.* »

Tel qu'il est, ce code des transports est porteur d'une marque double de fabrique.

2. Le code des transports : une double marque de fabrique

Deux caractéristiques du code de transports qui tiennent à sa substance et son architecture méritent l'examen. Il est constitué d'un matériau de départ très hétérogène (a). Il tisse les fils de sa trame en fonction d'un parti pris bien arrêté : favoriser dans les transports une approche multimodale (b).

a. Un matériau de départ très hétérogène.

Depuis l'entrée en vigueur, en 1982, de la loi d'orientation des transports intérieurs, le droit des différents transports, souffre d'une grande hétérogénéité, il est « *fait à la fois de textes anciens, voire archaïques, qui ont peu évolué ou ont été au contraire sans cesse remaniés, et de textes récents nés souvent sous l'empire de conventions internationales et du droit dérivé de l'Union* »¹⁴⁰².

Ceci explique donc qu'il ne soit en définitive qu'une réunion de régimes, « [...] chaque mode à son histoire, sa façon d'évoluer, sa logique et il en va ainsi au plan de l'Union comme à celui des grandes organisations internationales présentes dans ce vaste secteur (Organisation Maritime Internationale, Organisation de l'Aviation Civile Internationale etc. »¹⁴⁰³. Il a fallu construire, organiser.

Le code des transports, pour sa partie législative, se compose de six parties.

civile à toutes les hypothèses où il commet une faute de nature à donner lieu à une procédure disciplinaire, alors que l'article 21 de la loi du 3 janvier 1969 ne maintenait sa responsabilité civile, lorsqu'il abandonnait son cautionnement, que dans l'hypothèse où il aurait échoué, perdu ou détruit volontairement et dans une intention criminelle un navire [...]L'exécution de l'article L. 5341-14 du code des transports, issu de l'article 1er de l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010, et du 57° de l'article 7 de cette ordonnance en tant qu'il abroge l'article 21 de la loi du 3 janvier 1969 est suspendue ».

¹⁴⁰¹ Ordonnance n° 2011-204 du 24 février 2011 relative au code des transports, JORF n°0047 du 25 février 2011 page 3402

¹⁴⁰² Peylet R., *Genèse du code des transports*, op. cit.

¹⁴⁰³ Ibid.

- La première est dédiée aux dispositions communes à tous les modes de transport
- Une seconde partie se consacre au transport ferroviaire
- Une troisième partie quant à elle est consacrée aux transports routiers
- La quatrième partie de ce code s'intéresse à la navigation intérieure et au transport fluvial
- La cinquième partie, celle qui nous intéresse au premier chef, est consacrée quant à elle au transport et à la navigation maritimes
- Enfin la dernière partie se consacre à l'aviation civile

b. Le choix du multimodal.

On se rappellera qu'existait déjà, pourtant, le code de l'aviation civile : un souci de guider ce mode de transport, à l'âge encore un peu tendre, avait-il justifié cette faveur ? On aurait pu penser qu'en toute bonne logique il aurait suffi de créer deux autres codes afin que naisse un ensemble : un code des transports terrestres et un code des transports maritimes.

Le législateur a cependant préféré réserver aux transports une perspective multimodale, et, constate M. Peylet « [...] l'unité issue que, par son existence même, le code confère au droit des transports et l'ambition qu'il porte malgré tout d'une dimension plurimodale, ne sont pas seulement de façade. Sans nier le caractère propre à chacun des modes que traduit fortement sa structure, ce code en révèle les traits communs bien mieux que ne pouvait le faire la forêt de textes qu'il a absorbés et qu'il ordonne, selon une logique commune, en un tout cohérent et lisible ». Il n'en reste pas moins vrai, bien que ce dernier constitue une « œuvre monumentale »¹⁴⁰⁴, qu'il n'atteint cependant pas la perfection.

Les raisons tiennent à la diversité des origines : « [...] la codification d'un ensemble de textes d'ancienneté et d'origine si diverses que ceux que le nouveau code des transports avait à regrouper, bien que se faisant à droit constant, a révélé à la fois la difficulté qu'il y avait à réécrire en langage juridique actuel des textes conçus en fonction d'un contexte économique et de procédés techniques passés et à appliquer des notions qui paraissaient aller de soi à la diversité de l'activité de transport actuelle ».¹⁴⁰⁵

Les raisons tiennent au volume du matériau global. Le code des transports, qui ne compte pas moins de deux mille deux cents articles législatifs, va devoir dans un futur sans

¹⁴⁰⁴ Expression empruntée au titre d'un article que l'on doit au professeur Delebecque, *Le code- à droit constant- des transports : une œuvre monumentale encore perfectible*, D. 2010, p. 2715

¹⁴⁰⁵ Delion F., Lallet A., Lambolez F., la codification, instrument de modernisation du droit des transports, AJDA 2011.830.

doute assez proche s'agrandir de sa partie réglementaire. Quand cela sera fait, le volume total de cette œuvre pourrait bien donner le vertige.

Il nous reste à considérer la part que ce code des transports a consacrée de façon propre au droit maritime.

Section 2 : la codification du droit des transports maritimes, une thérapie en demi-teinte

Pour juger de l'intérêt que présente *in fine* le nouveau code des transports pour le droit maritime - au-delà d'un sensible engagement vers la multimodalité - nous tâcherons de voir dans un premier temps ce qu'il apporte au droit français des transports maritimes (I). Il nous faudra mesurer, dans un second temps, la place de l'intégration du droit de l'Union européenne et de la Convention internationale sur l'assistance dans la partie maritime de ce code des transports (II).

I. L'apport du code des transports au droit français des transports maritimes.

L'un des apports significatifs du code des transports au droit maritime est peut-être à chercher dans un travail de définitions qu'on y trouve (A). D'autres apports, faits d'ajouts mais aussi de soustractions, pourront cependant se rechercher (B).

A. Un apport du code sous forme d'un travail de définitions.

Le code des transports n'est pas avare en définitions. Certaines d'entre elles cependant n'ont pas l'intérêt de la nouveauté, tenant en simples rappels de l'acquis : nous en donnerons quelques exemples¹⁴⁰⁶ (1). Il reste qu'une définition que l'on attendait de très longue patience, et qui faisait défaut, se trouve ici, par le code des transports, offerte au droit maritime : et c'est la définition de navire (2). Il est vrai que d'autres définitions, pareillement attendues, n'ont pas retenu l'intérêt du codificateur (3).

1. Un travail de définition à droit constant

Aussi étonnant que cela puisse paraître, une grande partie des définitions contenues dans la cinquième partie du code des transports, intitulée transport et navigation maritimes, sont issues des textes préexistants qui sont âgés d'une cinquantaine d'années. Pour s'en convaincre il suffit d'étudier le livre quatre de cette cinquième partie consacrée au transport maritime.

¹⁴⁰⁶ Nous ne tenterons pas ici de tendre à l'exhaustivité.

Ainsi l'article 1^{er} de la loi du 3 janvier 1969 relative à l'armement et aux ventes maritimes définissait l'armateur comme étant « [...] *celui qui exploite le navire en son nom, qu'il en soit ou non propriétaire* ». Or le nouvel article L. 5411-1 du code des transports reprend¹⁴⁰⁷ cette définition d'une façon scrupuleuse et intégrale. Il faut souligner que, très curieusement, la définition de l'armateur s'est vue placée dans le livre IV, consacré au transport maritime. « *Cet ordonnancement qui lie l'armateur au transport maritime n'est pas fidèle au droit maritime car tout armateur du navire, au sens du droit maritime, n'effectue pas du transport de marchandises ou de passagers auquel il est fait référence dans le livre IV. Le navire peut être armé à d'autres commerces que le transport* » estime Cécile De Cet Bertin¹⁴⁰⁸.

Une autre définition, celle du contrat d'affrètement, donnée par l'article L. 5423-1¹⁴⁰⁹ du code des transports, reprend mot pour mot la définition donnée par l'article 1^{er} de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes qui définissait le contrat d'affrètement comme étant celui par lequel, le fréteur « [...] *s'engage, moyennant rémunération, à mettre un navire à la disposition d'un affréteur* ». On conviendra que le codificateur a codifié à droit constant...

Il en va de même pour bien d'autres définitions, comme celle relative au contrat de passage¹⁴¹⁰, ou au contrat de transport maritime¹⁴¹¹, ou encore aux différents contrats

¹⁴⁰⁷ Article L. 5411-1 : « *L'armateur est celui qui exploite le navire en son nom, qu'il en soit ou non propriétaire* ».

¹⁴⁰⁸ A l'occasion de sa très bonne présentation consacrée à « *L'expression d'un ordre public via « la loi relative au transport maritime »* » dans le cadre d'un colloque consacré à "L'ordre public en mer", et organisé par L'UMR AMURE, prochainement édité aux éditions PEDONE

¹⁴⁰⁹ Article L. 5423-1 : « *Par le contrat d'affrètement, le fréteur s'engage, moyennant rémunération, à mettre un navire à la disposition d'un affréteur* ».

¹⁴¹⁰ Article 34, alinéa 1 de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes : « *Par le contrat de passage, l'armateur s'oblige à transporter par mer, sur un trajet défini, un voyageur qui s'oblige à acquitter le prix du passage. Ces obligations sont constatées dans le billet de passage* ».

Article L. 5421-1 : « *Par le contrat de passage, l'armateur s'oblige à transporter par mer, sur un trajet défini, un voyageur qui s'oblige à acquitter le prix du passage. Le titre de transport constate l'obligation du transporteur et celle du passager* ».

¹⁴¹¹ Article 15 de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes : « *Par le contrat de transport maritime, le chargeur s'engage à payer un fret déterminé et le transporteur à acheminer une marchandise déterminée, d'un port à un autre. Les dispositions du présent titre s'appliquent depuis la prise en charge jusqu'à la livraison* ».

Article L. 5422-1 : « *Par le contrat de transport maritime, le chargeur s'engage à payer un fret déterminé et le transporteur à acheminer une marchandise déterminée, d'un port à un autre. Ce contrat de transport s'applique depuis la prise en charge jusqu'à la livraison* »

d'affrètement (coque nue¹⁴¹², à temps¹⁴¹³, au voyage¹⁴¹⁴) conservées telles quelles, et intégrées dans le code des transports.

A propos de ces trois dernières définitions, Cécile De Cet Bertin, faisait apparaître¹⁴¹⁵ que le codificateur les reprend sans y changer quoi que ce soit mais qu'« *Alors que le législateur de 1966 commençait par la définition de l'affrètement au voyage pour terminer par la définition de l'affrètement coque-nue, le codificateur a procédé à l'inverse* ».

Ceci paraît manquer un tant soit peu de logique car le contrat d'affrètement au voyage est le plus utilisé et le plus ancien des contrats d'affrètement. D'autre part, à notre sens, un affrètement au voyage est susceptible de générer des situations juridiques plus complexes que l'affrètement à temps ou coque nue, notamment lorsque sera émis un connaissance en exécution d'une charte-partie. Dans ce cas les relations entre le fréteur et le tiers destinataire seront régies par les règles du contrat de transport. Le fréteur prenant à cette occasion la qualité de transporteur à l'égard des tiers porteurs du connaissance.

Au total, et pour se consoler de ne trouver ici rien de nouveau, on pourrait estimer que ces définitions ont pour elles l'expérience du temps, et qu'elles ont fait leurs preuves.

¹⁴¹² Article 10 de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes : « *Par affrètement "coque nue", le fréteur s'engage, contre paiement d'un loyer, à mettre, pour un temps défini, à la disposition d'un affrèteur, un navire déterminé, sans armement, ni équipement ou avec un équipement et un armement incomplets* ».

Article L. 5423-8 : « *Par le contrat d'affrètement coque nue, le fréteur s'engage, contre paiement d'un loyer, à mettre à la disposition d'un affrèteur un navire déterminé, sans armement ni équipement ou avec un équipement et un armement incomplets pour un temps défini* ».

¹⁴¹³ Article 7 de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes : « *Par le contrat d'affrètement à temps, le fréteur s'engage à mettre un navire armé à la disposition de l'affrèteur pour un temps défini* ».

Article L. 5423-10 : « *Par le contrat d'affrètement à temps, le fréteur s'engage à mettre à la disposition de l'affrèteur un navire armé, pour un temps défini* ».

¹⁴¹⁴ Article 5 de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes : « *Par l'affrètement au voyage, le fréteur met, en tout ou en partie, un navire à la disposition de l'affrèteur en vue d'accomplir un ou plusieurs voyages* ».

Article L. 5423-13 : « *Par le contrat d'affrètement au voyage, le fréteur met à la disposition de l'affrèteur, en tout ou en partie, un navire en vue d'accomplir un ou plusieurs voyages* ».

¹⁴¹⁵ De Cet Bertin C., *L'expression d'un ordre public via « la loi relative au transport maritime, op. cit.*

2. Une définition attendue, la définition du navire

Peut-être parce qu'aucune convention internationale n'offre de définition claire et consensuelle du navire¹⁴¹⁶, aucune règle¹⁴¹⁷ tirée de la source Loi n'offrait, en droit interne français, de définition du navire (a). Le code des transports est donc que sur ce point véritablement innovant, même si cette définition n'apporte pas tout à fait l'éclairage attendu par les praticiens du droit (b).

a. La longue absence de la définition de la notion de navires en droit français.

Il est important, pensons-nous, ici de rappeler que si au plan des conventions internationales, les règles permettant de définir le navire sont à puiser dans la source Loi, pour autant il n'existe aucune définition commune du navire dans les Conventions internationales; chaque Convention définissant son champ d'application du point de vue des embarcations auxquels elle s'applique, en fonction des finalités qui sont les siennes.

Par exemple, la règle 3 a) de la Convention sur le règlement international pour prévenir les abordages en mer du 20 octobre 1972, également appelée Convention COLREG, définit le navire comme « [...] tout engin ou tout appareil de quelque nature que ce soit, y compris les engins sans tirant d'eau et les hydravions, utilisé ou susceptible d'être utilisé comme moyen de transport sur l'eau ».

De même, la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 relative à l'unification de certaines règles en matière de connaissance définit le navire (article 1 d) comme “[...] n'importe quel vaisseau utilisé pour le transport de marchandises par mer » ; ou encore la Convention de Londres sur l'assistance du 28 avril 1989 définit le navire comme « [...] tout bâtiment de mer, bateau ou engin, ou toute structure capable de naviguer ».

Les critères retenus par les Conventions internationales diffèrent de l'une à l'autre. Tantôt c'est le critère du transport qui est retenu (COLREG, Convention de Bruxelles), tantôt

¹⁴¹⁶ « Le cas du navire est à cet égard remarquable puisqu'il jouit d'un statut juridique particulièrement riche identifiant ses éléments d'individualisation, lui conférant la nationalité et déterminant les droits réels et le régime de responsabilité exorbitant du droit commun qui lui sont attachés, sans bénéficier d'une définition générique, la loi n° 67-5 du 3 janvier 1967 relative au statut des navires et autres bâtiments de mer qui détermine son statut ne tranchant d'ailleurs pas entre cette appellation et celle de bâtiment de mer. Inversant la situation actuelle qui, selon la démarche adoptée par les conventions internationales maritimes, propose une définition circonstancielle du navire étroitement conditionnée aux caractéristiques techniques ou aux conditions de navigation ciblées par chaque texte, une définition de portée générale est proposée en introduction à la partie relative à la navigation et au transport maritimes qu'il convient de restreindre au cas par cas. » Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports, cité par Cécile De Cet Bertin in « L'expression d'un ordre public via « la loi relative au transport maritime » », *op. cit.*

¹⁴¹⁷ Si l'on excepte la définition donnée par l'article 2 de la loi sur la sauvegarde de la vie humaine en mer, l'habitabilité à bord des navires et la prévention de la pollution du 5 juillet 1983.

c'est l'affectation à une navigation maritime (Règles de Lisbonne, Convention de Londres), chacune de ces définitions ayant pour objet de délimiter le champ d'application des dispositions de la Convention.

Certaines Conventions internationales négligent même de le définir. Ainsi, la Convention de Londres du 19 novembre 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes qui s'applique aux propriétaires de navire et à leurs assistants ne donne pourtant aucune définition du navire. De même, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, plus connu sous le nom de Convention de Montego Bay, qui compte pourtant plus de 300 articles ne définit absolument pas le navire, à l'exception des navires pirates ou des navires de guerre.

L'office statistique des Communautés européennes¹⁴¹⁸, dit EUROSTAT, définit cependant le navire comme « [...] le bâtiment de mer à déplacement ou à effet de surface ayant ses propres moyens de propulsion ». Cette définition inclut « [...] les catamarans (engins à grande vitesse) [...]. Les hydroptères, aéroglisseurs, submersibles et sous-marins sont exclus de cette définition»¹⁴¹⁹. Bien entendu, cette définition, fournie par le Groupe de Travail Intersecrétariats sur les statistiques de transport, n'a qu'une valeur informative et pas d'effet contraignant.

Cette absence d'uniformité dans la définition du concept de navire, a sans doute participé de l'absence de définition du navire en droit législatif interne français. Le constat est net : pas de définition générale et uniforme du navire. Même la loi (aujourd'hui abrogée) du 3 janvier 1967 portant statut des navires et autres bâtiments de mer et son décret¹⁴²⁰ d'application du 27 octobre 1967 ne définissent pas le navire. En définitive, sur plus d'une vingtaine de textes législatifs s'intéressant au droit maritime qui furent adoptés, seule une loi (également abrogée), la loi relative à la sauvegarde de la vie humaine en mer, l'habitabilité à bord des navires et la prévention de la pollution du 5 juillet 1983 s'est attelée à définir le concept de navires. Dans son article 2, cette loi disposait que devait être considéré comme un navire « sous réserve d'autres définitions données par les conventions internationales dont la liste est fixée à l'article 6, tout bâtiment de mer quel qu'il soit, y compris les engins flottants, qui effectue une navigation de surface ou sous-marine ou qui stationne en mer, dans les ports

¹⁴¹⁸ L'office statistique des Communautés européennes est né en 1953 et sa mission « [...] consiste à collecter des données auprès des différents instituts de statistique européens et à les analyser, l'objectif étant de fournir des chiffres comparables et harmonisés aux institutions européennes de manière à ce qu'elles puissent définir, mettre en oeuvre et analyser les politiques communautaires [...] ». Le site Internet d'Eurostat constitue la référence en matière de statistiques européennes en ligne.

¹⁴¹⁹ Glossaire des statistiques de transport, Eurostat, CEMT, CEE-ONU, consultable sur Internet.

¹⁴²⁰ Décret n°67-967 relatif au statut des navires et autres bâtiments de mer du 27 octobre 1967.

et rades, sur les étangs ou canaux salés dépendant du domaine public maritime et dans les estuaires, fleuves, rivières et canaux en aval du premier obstacle à la navigation des bâtiments de mer, à l'exclusion des engins de plage non motorisés ».

Pour cette raison, c'est dans la source Jurisprudence que l'on a dû puiser les règles permettant de définir le navire. Les juges ont tenté, s'appuyant sur le droit existant, de dégager quelques critères.

Ils ont retenu ceux qui suivent :

- L'affectation à une navigation maritime ;
- La flottabilité ;
- Les caractéristiques techniques
- L'existence d'un équipage ;
- La réalisation d'un transport.

➤ Le premier critère relatif à l'affectation à une navigation maritime semble être un critère substantiel dans la définition du navire.

On a d'abord conclu, à partir de l'énoncé de la loi¹⁴²¹ du 3 janvier 1967 et de son décret du 27 octobre 1967 qui portent « *Statut des navires et autres bâtiments de mer* » à l'appartenance du navire à la catégorie « *bâtiments de mer* ». Suivant la même logique, et a contrario, si le navire est bâtiment de mer, ce dernier, lui, n'est pas forcément navire. L'expression « *bâtiment de mer* » n'est pas simple et n'a pas de contour juridique précis. Aucun texte juridique n'en donne une définition et il est, à tort, souvent confondu avec le navire.

La Cour de Cassation a défini la notion dans un arrêt du 20 février 1844, estimant qu'il fallait entendre par bâtiment de mer « *quelles que soient leurs dimensions et dénominations, tous ceux [les bâtiments] qui, avec un armement et un équipage qui leur sont propres, accomplissent un service spécial et suffisent à une industrie particulière* »¹⁴²².

Cette définition, trop imprécise, est complétée par la Cour de cassation dans un arrêt du 4 janvier 1898. A cette occasion, la Cour précise que le bâtiment de mer doit nécessairement être affecté à une navigation maritime. Il faudra attendre le 13 janvier 1919 pour que la Cour complète la notion « *d'affectation à une navigation maritime* »¹⁴²³ par la notion de péril maritime. Selon elle, l'affectation à une navigation maritime signifie

¹⁴²¹ Abrogée, nous l'avons dit, afin de voir ses règles codifiées dans le code des transports

¹⁴²² Cass. Com., 20 février 1844, S.1844, 1, p.97

¹⁴²³ Cass. Req., 13 janvier 1919, S., 1920, 1, p.340

l'exposition aux risques particuliers que comportent les voyages en mer. Le critère est aujourd'hui bien établi, le bâtiment de mer est celui qui est apte à affronter le péril marin et le navire qui est un bâtiment de mer doit donc lui aussi être apte à affronter le péril de la mer.

Si, cependant, pour la Cour de cassation, l'affectation de l'embarcation à une navigation maritime¹⁴²⁴ est le critère déterminant permettant de la qualifier de navire¹⁴²⁵, l'appréciation par le juge de la capacité qu'a cette embarcation d'affronter le péril marin reste assez largement subjective et varie en fonction des circonstances et parfois, sans doute aussi, des intérêts de la victime. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle décidé dans un arrêt du 6 décembre 1976¹⁴²⁶ que la structure d'une embarcation ne lui permettait pas d'affronter le péril de mer, car ses capacités n'allaient pas au-delà de celles d'un engin de plage.

➤ Un second critère, également puisé dans la jurisprudence, tient à la flottabilité de l'embarcation que l'on souhaite qualifier de navire.

La règle est claire, un navire est un engin flottant. La question que l'on pourrait se poser en l'espèce est celle de savoir ce qu'est la flottabilité.

En s'en tenant au principe d'Archimède, selon lequel « *Tout corps plongé dans un fluide reçoit de la part de ce fluide une poussée verticale dirigée du bas vers le haut, égale au poids du volume de fluide déplacé* », la flottabilité pourrait tout aussi bien être positive (l'engin remonte et flotte ensuite en surface), négative (l'engin coule) ou nulle (l'engin flotte entre deux eaux). Les véhicules sous-marins ne devraient donc pas à ce titre être exclus de la catégorie navire.

De même a-t-il été jugé¹⁴²⁷, par le passé, qu'un aéroglisseur marin qui se déplaçait en prenant appui sur un coussin d'air et donc sans véritablement toucher la surface de l'eau, flottait et que de fait, il était donc un navire.

➤ Troisième critère : les caractéristiques techniques de l'embarcation

Par caractéristiques techniques il faut entendre le « [...] tonnage, [...] la dimension, [...] la présence d'un pont ou de machines (ou moteur) »¹⁴²⁸, l'autonomie de fonctionnement etc. Ce critère est donc forcément lié à celui de l'aptitude à affronter le péril de mer.

¹⁴²⁴ La navigation maritime se distinguant de la navigation fluviale en ce que le voyage en mer présente un caractère dangereux,

¹⁴²⁵ Cass. Com., 27 novembre 1972, arrêt GIPSY II, Bull. civ.IV ou DMF 1975 p. 160.

¹⁴²⁶ Cass. Com., 6 décembre 1976, arrêt canot Poupin Sport, DMF 1977 p. 513., note RODIERE.

¹⁴²⁷ C.E., 19 décembre 1979, arrêt Hoverlloyd, DMF 1980 p.231. Le professeur Rodière fut très critique à l'égard de cette solution, ainsi jugea-t-il qu'il n'était pas permis « [...] de qualifier d'engin flottant une structure dont on a [vu] qu'elle s'élevait au dessus de l'eau ; ou bien on appellera camion ou locomotive un hélicoptère qui s'élève par effet de pression sur la terre [...] », D. 1980 p. 318.

¹⁴²⁸ De Cet Bertin, C., *Introduction au droit maritime*, op. cit., p.15

La règle est simple ici : le navire est celui qui possède un certain nombre de caractéristiques techniques qui vont lui permettre d'affronter les dangers de la mer.

Ainsi un Zodiac s'est-il vu refuser la qualification de navire, étant considéré comme une « [...] embarcation frêle, construite en matériau léger, [non] conçue pour effectuer des expéditions maritimes [ni] affronter le péril marin ¹⁴²⁹ ». Il en fut encore de même pour une barque dépourvue de moyen de propulsion ¹⁴³⁰.

➤ Quatrième critère : l'existence d'un équipage

La présence d'un équipage à bord du navire ne semble pas être déterminante dans sa qualification, en tout cas la Cour de Cassation a décidé que la présence d'un équipage ne suffisait pas à qualifier une embarcation de navire. « *Un bac soumis à l'inscription maritime, possédant un acte de francisation et un rôle d'équipage n'est pas pour ces raisons forcément un navire* ¹⁴³¹ ».

➤ Enfin un dernier critère tient à la réalisation d'un transport

Le juge ne retient que très rarement ce critère. La réalisation d'un transport de biens ou de personnes n'est donc pas une qualité impérative dans la qualification du navire. On peut cependant noter que dans l'arrêt ¹⁴³² du Conseil d'Etat du 19 décembre 1979, précité, qui avait assimilé les aéroglisseurs à des engins flottants, le conseil d'État avait également pris en compte la fonction de l'aéroglisseur qui « [...] consiste à transporter des passagers ou des marchandises par voie d'eau en reliant deux rivages », pour se déterminer sur sa qualification de navire.

Pour terminer, on peut noter que certains de ces critères ont parfois aussi pu être puisés dans la doctrine.

Dans la source Doctrine, les deux premiers critères sont aussi posés en règles. Ainsi les professeurs Rodière et Du Pontavice ont-ils posé la règle suivant laquelle un navire est l'engin « [...] flottant, de nature mobilière, affecté à une navigation qui l'expose habituellement aux risques de la mer » ¹⁴³³. Lue a contrario, mais dans le même sens, le professeur Bonassies précise qu'un « [...] engin flottant, même exerçant habituellement son

¹⁴²⁹ C.A. CAEN, 12 septembre 1991, DMF 1993 p.50

¹⁴³⁰ Cass. Com., 22 décembre 1958, DMF 1959 p. 217 et Cass. Com., 6 décembre 1976, arrêt POUPIN SPORT, DMF 1977 p.513.

¹⁴³¹ Cass. Com., 8 octobre 1962, DMF 1963 p.17

¹⁴³² C.E., 19 décembre 1979, arrêt Hoverlloyd, op. cit.

¹⁴³³ Rodière R. et Du Pontavice E., *Droit maritime*, Dalloz, Paris 1997, p.40 ; voir aussi dans le même sens Vialard A., *Droit maritime*, PUF, Paris 1997, p.236 et s., ou encore Le Bayon A., *Dictionnaire de droit maritime*, Ed.PUR, Rennes 2004, p. 175.

activité dans les eaux maritimes, n'est pas un navire dès lors qu'il n'est pas apte à affronter les risques de la mer »¹⁴³⁴.

Pour ce qui est du troisième critère relatif à aux caractéristiques techniques du navire, la règle semble être qu'un navire possède des caractéristiques techniques propres à lui assurer une sécurité suffisante au cours d'une navigation maritime, il semble en effet « [...] *difficile de ne pas exiger d'un navire un minimum d'autonomie pour affronter les risques de la mer* »¹⁴³⁵.

Enfin, concernant le dernier critère, et pour une partie de la doctrine, il est impératif qu'il y ait affectation du navire à un transport de biens ou de personnes. Ainsi, selon Alain Le Bayon, le « [...] *navire est une variété de bâtiment de mer caractérisée par le fait qu'il peut effectuer un transport de personnes ou de biens* »¹⁴³⁶. Il en va de même pour Martine Remond-Gouilloud qui en fait de façon pareille un critère principal¹⁴³⁷.

b. L'apport du code des transports quant à la définition du navire

On pourrait penser ici, que la codification n'a pas été toujours été réalisée à droit constant, puisque, nous l'avons indiqué, il n'existait pas de définition du navire dans le droit législatif français, si l'on excepte la définition donnée par la loi du 5 juillet 1983¹⁴³⁸, mais que le code n'a pas reprise. Cependant ce travail de définition du navire, bien que par certains aspects insatisfaisant, participe sans aucun doute des objectifs fixés par la loi du 12 mai 2009 dans l'ambition qu'il portait de simplifier et de clarifier le droit.

Travail de définition donc. D'ailleurs, avant de définir le concept de navire, le code des transports prend le soin de définir¹⁴³⁹ la navigation maritime. « *Est considérée comme maritime pour l'application du présent code, la navigation de surface ou sous-marine pratiquée en mer, ainsi que celle pratiquée dans les estuaires et cours d'eau en aval du premier obstacle à la navigation des navires. La liste de ces obstacles est fixée par voie réglementaire* ».

Partant de là, le code des transports nous offre une définition distinguant trois catégories de navires¹⁴⁴⁰.

¹⁴³⁴ BONASSIES P. op. cit, p. 109.

¹⁴³⁵ Ibid. p. 110.

¹⁴³⁶ Le Bayon A. ; *Dictionnaire de droit maritime*, op. cit., 175

¹⁴³⁷ Remond-Gouilloud M., *Droit maritime*, op. cit. p. 47 et suivantes.

¹⁴³⁸ Loi relative à la sauvegarde de la vie humaine en mer, l'habitabilité à bord des navires et la prévention de la pollution du 5 juillet 1983, op. cit.

¹⁴³⁹ Article L5000-1 du code des transports

¹⁴⁴⁰ Article L5000-2 du code des transports

Ainsi dispose-t-il que « *I. Sauf dispositions contraires*¹⁴⁴¹, sont dénommés navires pour l'application du présent code :

1° *Tout engin flottant, construit et équipé pour la navigation maritime de commerce, de pêche ou de plaisance et affecté à celle-ci ;*

2° *Les engins flottants construits et équipés pour la navigation maritime, affectés à des services publics à caractère administratif ou industriel et commercial ».*

Puis une ultime définition fait son apparition dans le même article : « *Sauf dispositions contraires, les dispositions du présent code ne s'appliquent pas aux navires de guerre, qu'ils soient français ou étrangers. Sont considérés comme navires de guerre tous bâtiments en essai ou en service dans la Marine nationale ou une marine étrangère ».*

Cette définition, si elle a le mérite d'exister, n'en demeure pas moins, à certains égards, insatisfaisante. Elle retient un seul critère assurément commode, à valeur générale, où ne sont pris en compte que l'usage ou la destination proclamés.

Première critique : une expression comme *engins flottants*, paraît équivoque à certains ; le code des transports n'a pas, par ailleurs, « [...] tranché la question [...] délicate et controversée de savoir si les engins à la fois « volants » et « flottants » que sont les aéroglisseurs et les hydravions constituent ou non des navires »¹⁴⁴².

Deuxième critique, liée à la première : la définition – pour ne pas dire les définitions - du navire donnée par le code des transports n'intègre en rien le critère substantiel d'une navigation maritime exposant au péril de la mer, critère dégagé par la jurisprudence, incontesté depuis plusieurs décennies, et posé en règle par la doctrine.

Les critères du transport et de l'équipage ne sont pas non explicitement énoncés dans cette définition. Sur les cinq critères précédemment évoqués seuls deux critères apparaissent clairement dans la définition du code des transports, celui de la flottabilité, et celui des caractéristiques techniques. D'une manière générale, cette définition manque de précision, se révélant assez décevante.

Quid par exemple d'un engin flottant, qui de par ses caractéristiques techniques serait équipé pour une navigation fluviale, mais qui effectuerait effectivement et habituellement une navigation maritime, c'est-à-dire en mer, ou « *dans les estuaires et cours d'eau en aval du premier obstacle à la navigation des navires* » ?

¹⁴⁴¹ Par exemple l'article L5131-1 du code des transports assimile le navire « *tout engin flottant non amarré à poste fixe* » pour l'application des règles de l'abordage, de même l'article L5132-1 du code des transports assimile un navire « *tout engin flottant* » pour l'application des règles de l'assistance.

¹⁴⁴² Delion F., Lallet A., Lambolez F., la codification, instrument de modernisation du droit des transports, op. cit.

Difficile de déterminer dans ces conditions s'il sera considéré comme un navire ou un bateau, puisque pour être un navire il faudrait qu'il soit construit et équipé pour la navigation maritime au sens de l'article L5000-1 du code des transports et pour être bateau il faudrait qu'il soit destiné principalement à la navigation intérieure¹⁴⁴³.

Le critère de l'exposition, et de la résistance, au risque de la mer fait réellement défaut dans la définition que nous propose ici le code de transport.

Il laisse aussi le lecteur sur sa faim dans d'autres occasions.

3. *Des définitions absentes*

D'autres définitions qui sont attendues dans un cadre de loi, n'ont pas retenu l'attention du codificateur.

Ainsi le concept « *d'exploitation du navire* » est en attente de définition. Cette notion d'exploitation du navire n'est évoquée qu'à travers la définition de l'armateur, « *Or la dissociation des fonctions d'armateurs que connaît le monde maritime pose des problèmes d'identification de celui-ci* »¹⁴⁴⁴.

Le législateur n'a pas non plus pris la peine de définir un certain nombre de nouveaux contrats nés des pratiques commerciales dans le transport maritime, tel que par exemple le contrat de volume.

L'article 1^{er} de la Convention des Nations unies sur le transport international de marchandises effectuées entièrement ou partiellement par mer adoptée le 11 décembre 2008, définit le contrat de volume comme étant « *le contrat de transport qui prévoit le déplacement d'une quantité déterminée de marchandises en plusieurs expéditions pendant une durée convenue. La quantité peut être exprimée en sous la forme d'un minimum, d'un maximum ou d'une fourchette* ». L'entrée en vigueur, souhaitable, de cette convention pourrait permettre un au droit maritime interne de combler cette lacune.

On pourrait s'étonner de pareils oublis.

L'explication pourrait se trouver dans le fait que la codification du code des transports s'est faite à droit constant. Il n'en reste pas moins vrai, que « *ce constat pose alors la question du choix d'un tel travail législatif tenu de rester sourd aux évolutions du contexte commercial* »¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴³ Article L4000-3 du code des transports.

¹⁴⁴⁴ De Cet Bertin C., *L'expression d'un ordre public via « la loi relative au transport maritime*, op. cit.

¹⁴⁴⁵ Ibid.

L'apport du code va plus loin, cependant, que le travail de fixation des notions en droit.

B. Les autres apports du code

La cinquième partie du code des transports, intitulée transport et navigation maritimes, se compose d'articles provenant de lois et de décrets¹⁴⁴⁶ antérieurs, ou bien encore d'articles déportés de codes antérieurement adoptés. En outre, cette cinquième partie comporte cent vingt et un articles nouveaux. Il serait bien entendu fastidieux d'étudier tous ces nouveaux apports : nous nous contentons d'évoquer les apports du livre IV de cette cinquième partie, intitulée le transport maritime. Ces développements seront l'occasion de constater que de nouvelles règles ont été intégrées dans ce livre IV (1). Le code des transports a également fait disparaître du droit certaines dispositions législatives qui auraient pu figurer dans ce livre (2).

1. Les nouvelles dispositions intégrées dans le livre IV de la cinquième partie du code des transports

Le livre IV se compose de quatre-vingt-six articles.

Parmi ces quatre-vingt-six articles, quatre-vingts proviennent de lois¹⁴⁴⁷ antérieures, deux proviennent de codes¹⁴⁴⁸ antérieurement adoptés. Il est à noter cependant, que quatre nouveaux articles ont été créés à cette occasion.

Le premier de ces quatre articles est l'article L. 5425-1 qui dispose que « *Les règles relatives aux contrats d'assurance maritime sont fixées par les dispositions du titre VII du livre Ier du code des assurances* ».

¹⁴⁴⁶ Comme le décret n° 67- 967 du 27 octobre 1967 relatif au statut des navires et autres bâtiments de mer.

¹⁴⁴⁷ La loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètements et de transport maritime offre au livre IV de la cinquième partie du code des transports pas moins de 50 articles. Il s'agit des articles L. 5421-1 à L. 5422-25, de l'article L. 5423-1, et des articles L. 5423-3 à L. 5423-14.

La loi n° 67-5 du 3 janvier 1967 relative au statut des navires et autres bâtiments de mer offre un seul article au Livre IV, il s'agit de l'article Article L. 5423-2.

La loi n°69-8 du 3 janvier 1969 relative à l'armement et aux ventes maritimes vient quant à elle enrichir le livre IV de 25 articles ; il s'agit des articles L.5411-1 à L. 5412-7, des articles L. 5413-1 à L. 5413-5 et enfin des articles L.5424-1 à L. 5424-11.

La loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs fournit quant à elle trois articles au Livre IV, il s'agit des articles L. 5431-1 à L. 5431-3

Et enfin, la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité n'offre qu'un seul article au Livre IV, l'article L. 5431-4.

¹⁴⁴⁸ Le code du travail maritime a offert au Livre IV un article, l'article L.5412-8, et le code disciplinaire et pénal de la marine marchande a lui-même enrichi ce Livre de l'article L 5422-26.

Ce Livre IV est donc essentiellement composé des articles de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètements et transports maritimes, et des articles de la loi du 3 janvier 1969 relative à l'armement et aux ventes maritimes.

Le second article est l'article L. 5432-1 qui précise que « *Les règles relatives aux transports et aux opérations de remorquage réservés sont fixées par les dispositions des articles 257 à 260 du code des douanes* ».

Le troisième article est l'article L. 5433-1 lequel dispose que « *Les obligations imposées aux propriétaires d'unités de raffinage de pétrole brut situées en France métropolitaine, en ce qui concerne leurs capacités de transport maritime, sont fixées par les dispositions des articles 6 et 13 de la loi n° 92-1443 du 31 décembre 1992 portant réforme du régime pétrolier* ».

Enfin le dernier article est l'article L. 5434-1 qui précise que « *Les dispositions relatives à la réquisition des services de transport maritime d'intérêt national sont fixées par les dispositions du chapitre III du titre Ier du livre II de la partie II du code de la défense* ».

Si l'on observe bien ces quatre nouveaux textes, on remarque que, tous, opèrent des renvois. Cécile De Cet Bertin précise qu'à ce titre, ils ne sont à envisager que comme « [...] *de simples outils de la codification dont l'objectif est d'améliorer l'accès à la loi à travers la matière. En cela, leur apparition dans la loi relative au transport maritime est conforme à une œuvre de codification réalisée à droit constant* »¹⁴⁴⁹.

La circulaire relative à la codification des textes législatifs et réglementaires du 30 mai 1996¹⁴⁵⁰, à propos des renvois, précise nonobstant que « *Pour le lecteur, les renvois qui impliquent de lire les mêmes articles en des endroits différents du code sont une complication. Aussi vaudra-t-il mieux, chaque fois que cette solution n'alourdira pas le code, reprendre en clair la disposition afin qu'elle soit directement accessible à l'endroit où l'on va la rechercher : c'est ce qui a été fait pour le Code général des collectivités territoriales quand le texte sur les régions renvoyait au texte sur les départements, qui lui-même renvoyait au Code des communes* » autrement dit la méthode du renvoi doit rester exceptionnelle »¹⁴⁵¹.

Pour Cécile De Cet Bertin, que nous approuvons, « *Le caractère exceptionnel du renvoi est discutable à l'échelle du Livre IV. Dans celui-ci, les quatre textes ajoutés par l'ordonnance de codification constituent chacun l'ensemble d'un chapitre ; du Titre II, pour l'un d'entre eux et du Titre III, pour les autres. Autrement dit sur les onze chapitres du Livre, quatre, sont constitués d'un seul article opérant des renvois* »¹⁴⁵².

¹⁴⁴⁹ De Cet Bertin C., *L'expression d'un ordre public via « la loi relative au transport maritime*, op. cit.

¹⁴⁵⁰ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, JORF n° 129 du 5 juin 1996, p.8263

¹⁴⁵¹ Article 2.1.5 de la circulaire, *Renvois entre articles d'un même code*

¹⁴⁵² De Cet Bertin C., *L'expression d'un ordre public via « la loi relative au transport maritime*, op. cit.

2. Les dispositions légales écartées par le code des transports

Le codificateur a fait disparaître certaines règles spéciales de droit international privé, qui étaient contenues dans les articles 3¹⁴⁵³, 16¹⁴⁵⁴ et 57¹⁴⁵⁵ de la loi du 18 juin 1966. Ces articles concernaient la loi applicable à l'affrètement, le contrat de transport, et aux opérations de manutention. Le codificateur a sans doute estimé que ces règles n'avaient plus vocation à être intégrées dans le code des transports aujourd'hui eu égard à l'entrée en vigueur du règlement communautaire Rome I¹⁴⁵⁶.

Pourrait-on craindre ici, pour le droit maritime, un brin de perte d'identité ? Ces règles, écrit Cécile De Cet Bertin, « [...] qui étaient rares en droit français en tant que règles de droit méthodologique, marquaient d'un certain particularisme le droit maritime et leur disparition si elle était prévisible, [...] participe de la perte du particularisme du droit maritime. Elles étaient devenues concurrentes d'autres règles posées par le droit communautaire européen et leur disparition participe d'une actualisation de la loi »¹⁴⁵⁷.

Au titre des suppressions effectuées par le codificateur, il faut encore citer les articles 33¹⁴⁵⁸ et 35¹⁴⁵⁹ de la loi précitée, qui sans doute, a-t-il estimé, n'avait plus leur raison d'être.

Enfin il convient de souligner que le titre de la loi du 18 juin 1966 relatif aux « *Organisateurs de croisières maritimes* » n'a pas trouvé grâce aux yeux du codificateur qui ne l'a pas intégré dans le code des transports. Ce titre a été déplacé dans le code du tourisme. Pour l'association française de droit maritime, « *Le renvoi au code du tourisme pour les*

¹⁴⁵³ Cet article prévoyait qu'« *En matière internationale, le contrat d'affrètement est régi par la loi du pavillon du navire, sauf convention contraire des parties* »

¹⁴⁵⁴ Cet article précisait « *Le présent titre est applicable aux transports, effectués au départ ou à destination d'un port français, qui ne sont pas soumis à une convention internationale à laquelle la France est partie, et en tout cas aux opérations de transport qui sont hors du champ d'application d'une telle convention.*

Les diligences extrajudiciaires, les mesures conservatoires et les mesures d'exécution sur la marchandise sont régies par la loi du lieu où elles doivent être effectuées. La prescription de l'action en justice est régie par la loi du tribunal devant lequel l'action est portée. »

¹⁴⁵⁵ L'article 57 de la loi du 18 juin 1966, relatif aux opérations de manutention, précisait qu'« *En matière internationale, les opérations visées au présent titre sont soumises à la loi du port où opère l'entrepreneur.* »

¹⁴⁵⁶ Règlement 593/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JOCE L 177 du 4.7.2008, p. 6–16

¹⁴⁵⁷ De Cet Bertin C., *L'expression d'un ordre public via « la loi relative au transport maritime*, op. cit.

¹⁴⁵⁸ L'article 33 disposait que « *Les dispositions du présent titre ne peuvent pas être écartées au préjudice des passagers* ».

¹⁴⁵⁹ L'article 35 précisait que « *Sur les navires de moins de 10 tonneaux de jauge brute et sur les bâtiments qui effectuent des services portuaires ou des services réguliers à l'intérieur de zones délimitées par l'autorité maritime, le billet est remplacé par un ticket qui indique le nom du transporteur et le service effectué* ».il faut ici préciser que l'abrogation de cet article ne sera effective qu'au jour de la publication de la partie réglementaire du code des transports.

dispositions relatives aux croisières maritimes n'est pas opportun car il crée une lacune dans une matière qui fait partie à l'évidence du droit maritime »¹⁴⁶⁰.

Ne pas intégrer, dans le cadre d'une codification à droit constant, de telles dispositions peut en effet laisser perplexe et selon Cécile De Cet Bertin « [...] *n'est pas sans rappeler celle qu'a connue le droit maritime avec l'adoption du règlement du Parlement et du Conseil*¹⁴⁶¹ *concernant le droit des passagers voyageant par mer qui fait du passager maritime un consommateur de services de transport. Ici, la croisière s'amuse à disparaître, là, le transport de passagers par mer devient anodin ».*

Pour conclure, et s'en tenant au Livre IV, on pourrait penser que le codificateur a parfois manqué l'occasion de clarifier le droit, quand telle était pourtant sa tâche. Ainsi que le note le professeur Delebecque « *les rédacteurs du nouveau code auraient dû prendre conscience, par exemple, qu'en parlant d'« accident de navigation » et non plus d'« événements de mer », il remettait en cause une terminologie séculaire renvoyant aux concepts les plus éprouvées du droit maritime, parfaitement maîtrisée par les praticiens et dont les polices d'assurance se font toujours l'écho. Le vocabulaire juridique n'est pas neutre. De même en est-il des renvois »¹⁴⁶², que l'on constate dans la cinquième partie, et plus globalement dans l'ensemble du code des transports.*

De même, le codificateur a-t-il manqué d'enrichir le code des transports sur certains points, au-delà même des définitions absentes. « *S'agissant des textes de droit interne qui pourraient faire l'objet d'une « réforme », écrivait le professeur Bonassies en 2009, j'évoquerai d'abord rapidement le traitement de la faute de l'entrepreneur de manutention entraînant déchéance du droit à limitation, un point où la rédaction du doyen Rodière à l'origine tout à fait fondée, a été dépassé par l'évolution des textes sur le transporteur maritime, textes se référant désormais à la « faute inexcusable » comme critère de déchéance et cette évolution n'ayant pas encore, à ce jour, été prise en compte par le législateur français*»¹⁴⁶³.

Le codificateur ne l'a pas entendu et le droit est demeuré constant sur ce point.

¹⁴⁶⁰ Association française de droit maritime, communiqué, DMF 2001.723, revue consultée en ligne sur le site Internet de lamylne

¹⁴⁶¹ Règlement UE/1177/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 concernant les droits des passagers voyageant par mer ou par voie de navigation intérieure et modifiant le règlement CE/2006/2004, JOUE n° L 334 du 17/12/2010, p. 1-16

¹⁴⁶² Delebecque P., « *Je le croyais constant, il était infidèle !* » : une codification à droit « inconstant », revue de droit des transports n°10, octobre 2011, repère 9

¹⁴⁶³ Bonassies P., la loi maritime du doyen Rodière doit-elle être réformée ? DMF 2009.707, revue consultée en ligne sur le site Internet de lamylne

Cet oubli sera peut-être corrigé dans l'avenir, sans doute après promulgation de l'ordonnance, et forcément par voie législative.

Au-delà de ceci, il nous faut signaler une nouvelle ordonnance prise le 9 juin 2011 et qui intègre le droit communautaire dans le code des transports.

II. L'intégration du droit de l'Union européenne et de la Convention internationale sur l'assistance dans la partie maritime du code des transports

Dans un rapport de 2002¹⁴⁶⁴, le sénateur Saugey précise qu'un principe fut posé en 1989, lors de la relance de la codification, «[...] *le droit communautaire est exclu de la codification, même si le premier rapport de la commission supérieure de codification prévoit que les dispositions communautaires du domaine concerné seront indiquées en annexe du code* ».

A partir de 1999, nous l'avons précédemment évoqué, des habilitations sur des domaines législatifs importants vont cependant être attribuées au gouvernement.

Ainsi, une loi¹⁴⁶⁵ du 5 janvier 2011 est venue habiliter le gouvernement à prendre par ordonnances diverses dispositions afin d'adapter le droit de l'Union européenne en matière de transport et de la sécurité maritime dans le code des transports.

Suite à cela, le gouvernement va prendre une ordonnance¹⁴⁶⁶ le 9 juin 2011 afin d'adapter le code des transports aux nouvelles dispositions de l'Union européenne et aux conventions internationales touchant aux domaines du transport et de la sécurité maritime. Ainsi l'ordonnance du 9 juin 2011 vient-elle amender le code des transports et lui intègre les nouvelles dispositions européennes en matière de sécurité maritime, qualifiées de paquet « Erika 3 » (A), elle a à cette occasion également intégré au code des transports les dispositions contenues dans la convention du 28 avril 1989 sur l'assistance (B).

¹⁴⁶⁴ SAUGEY B., Rapport du sénat n°266 2002-2003, fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, B- la codification, une tradition française toujours actuelle

¹⁴⁶⁵ Loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne, JORF n°0004 du 6 janvier 2011 page 369.

¹⁴⁶⁶ Ordonnance n° 2011-635 du 9 juin 2011 portant diverses dispositions d'adaptation du code des transports au droit de l'Union européenne et aux conventions internationales dans les domaines du transport et de la sécurité maritimes, JORF n°0134 du 10 juin 2011 page 9834.

A. L'intégration des dispositions nouvelles en matière de sécurité maritime de l'Union européenne dans le code des transports

L'ordonnance du 9 juin 2011, est venue modifier la partie législative du code des transports, nouvellement entrée en vigueur, afin de l'adapter aux nouvelles dispositions adoptées par l'Union européenne.

Outre les règlements du 23 avril 2009 directement applicables dans notre droit interne, l'ordonnance vise en préambule cinq des six directives adoptées le 23 avril 2009, soit très précisément :

- La directive relative au contrôle par l'État du port,
 - La directive modificative relative à la mise en place d'un système communautaire de suivi du trafic des navires et d'information
 - La directive parole active aux enquêtes sur les accidents dans le secteur des transports maritimes
 - La directive relative aux organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires et les activités pertinentes des administrations maritimes
 - La directive relative à l'obligation d'assurance pour les propriétaires de navires
- Elle ne vise pas, pourtant, la sixième directive du paquet concernant le respect des obligations des États du pavillon.

Les dispositions du paquet Erika 3 se trouvent, au terme de ceci, presque complètement intégrées dans notre droit interne.

L'article 1er de l'ordonnance ajuste les dispositions du code des transports à celles établies par la directive 2009/18/CE relative aux enquêtes sur les accidents dans le secteur des transports maritimes.

Son article 2 transpose les dispositions de la directive 2009/20/CE relative à l'assurance des propriétaires de navires pour les créances maritimes. Il modifie donc le titre II du premier livre de la cinquième partie, anciennement consacré au « régime de responsabilité ». Le nouveau titre II couvre à présent les « régimes de responsabilité et obligations d'assurance ».

Ce même article 2 de l'ordonnance introduit une obligation d'assurance à la charge des propriétaires de navires dont la jauge brute est égale ou supérieure à 300, battant pavillon français ou visitant un port français. Il crée également une obligation d'assurance couvrant des risques particuliers à la charge des propriétaires de navires battant pavillon français ou entrant dans un port français, pour satisfaire aux exigences du règlement (CE) n° 392/2009 du

Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relatif à la responsabilité des transporteurs de passagers par mer en cas d'accident, et aux exigences de la convention internationale du 23 mars 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute.

Il institue un régime de sanctions en cas de défaut à l'obligation d'assurance.

Enfin, il dresse la liste des autorités habilitées à rechercher et constater les infractions constituées par un défaut d'assurance, et décrit la procédure liée à la constatation de l'infraction.

Concrètement, on observe donc aujourd'hui que l'article 2 de l'ordonnance a modifié le code des transports, en y ajoutant un troisième chapitre¹⁴⁶⁷ intitulé « *obligations d'assurance* », A l'intérieur de ce chapitre, ont été créées quatre sections, qui créent elles-mêmes neuf nouveaux articles, afin de mettre le code en conformité avec les nouvelles obligations légales imposées par la directive du 23 avril 2009 relative à l'assurance des propriétaires de navires pour les créances maritimes.

Ainsi une première section est consacrée aux obligations d'assurance générales, et offre un article au code des transports, l'article L5123-1.

La seconde section est consacrée aux obligations d'assurance couvrant des risques particuliers, elle offre quant à elles trois articles au code, l'article L5123-2 à L5123-4.

La troisième section encadre les sanctions des obligations d'assurance et offre deux articles au code, les articles L5123-5 à L5123-6

Enfin la dernière section est consacrée à la constatation des infractions et offre trois articles au code des transports, les articles L5123-7 à L5123-9.

L'ordonnance modifie ensuite un certain nombre d'articles de la cinquième partie du code, en procédant à de significatives retouches de vocabulaire comme par exemple l'article L.5241-4, où l'expression « *par des sociétés de classification agréées* », se trouve remplacée par l'expression « *par des sociétés de classification habilitées dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État* ».

Il serait bien entendu fastidieux de dresser la liste de toutes les sensibles modifications lexiques auxquelles il est ainsi procédé. Rapidement et schématiquement voici cependant ce que l'on peut noter, nous semble-t-il, des apports les plus significatifs de l'ordonnance du 9 juin 2011 :

¹⁴⁶⁷ Sous le titre 2 du livre 1 de la cinquième partie du code des transports.

- L'article 3 de l'ordonnance modifie quelques termes de l'article L5222-2 du code des transports et traite des procédures de transmission des procès-verbaux relatifs à la constatation des infractions constitutives d'une absence de documents de bord.

- L'article 4 de cette même ordonnance concerne la sécurité des navires et la prévention de la pollution. Il modifie un certain nombre d'articles relatifs à l'entretien et l'exploitation des navires, à la délivrance et au renouvellement des titres de sécurité et de prévention de la pollution par des sociétés de classification habilitées, instituant un système de sanctions en cas de manquement à leur mission afin de répondre aux prescriptions de la directive 2009/15/CE. Il intègre également les dispositions de la directive de 2009/16/CE relative au contrôle par l'État du port.

- L'article 5 introduit par ailleurs des dispositions permettant de réprimer les dommages aux installations de signalisation maritime ou d'aide à la navigation située en dehors des limites administratives d'un port et jusqu'à la limite des eaux sous juridiction française. L'ordonnance crée à cet effet une section 5¹⁴⁶⁸ qui érige en contravention de grande voirie une telle infraction.

- L'article 6 a pour principal objet de réaffirmer et d'étendre la liste des agents habilités à rechercher et constater les infractions ; elle clarifie aussi leurs compétences.

- Enfin, l'article 7 précise la compétence de l'autorité administrative quant aux règles d'accueil d'un navire en péril ayant besoin d'assistance dans un port français. Il précise également que l'accès au port est interdit à tout navire dont le propriétaire ou l'exploitant ne justifie pas d'un certificat d'assurance, afin de répondre aux prescriptions édictées par la directive 2009/20/CE concernant l'obligation d'assurance.

Une autre modification apportée au code des transports par l'ordonnance du 9 juin 2011, mérite que nous lui prêtions notre attention.

B. L'intégration des dispositions de la Convention de 1989 dans le code des transports

Cette modification, en effet, était très attendue : elle concerne la transposition dans le code des transports des dispositions contenues dans la convention de 1989 sur l'assistance, laquelle est précisément visée en préambule de l'ordonnance du 9 juin 2011. « *Cette transposition est la bienvenue : nous nous étions nous-mêmes permis de dénoncer la codification, en l'occurrence, d'un droit obsolète, l'assistance maritime n'étant plus régie par*

¹⁴⁶⁸ Sous le chapitre II du titre IV du livre II de la cinquième partie du code des transports

la vieille loi de 1967, comme les rédacteurs du code des transports le supposaient, mais par la convention de 1989 ¹⁴⁶⁹ ».

L'article 2 de l'ordonnance modifie enfin les dispositions du code des transports relatives aux opérations d'assistance maritime, afin de prendre en compte la ratification par la France de la convention internationale de 1989 sur l'assistance. Il précise que le contenu du chapitre II du titre III du premier livre de la cinquième partie se trouve modifié par des dispositions nouvelles. Ainsi sous un nouveau chapitre 2, toujours intitulé « *assistance* », on découvre quatre sections au lieu de trois, et treize articles au lieu de onze précédemment.

Ces nouvelles sections sont respectivement intitulées, et dans l'ordre donné par l'ordonnance, « Dispositions générales », « Rémunération de l'assistance », « Conditions d'exécution des opérations d'assistance », « Responsabilité de l'assistant ».

La section ajoutée en l'occurrence est la section 3, relative aux conditions d'exécution des opérations d'assistance.

Pourtant dans cette section, on ne trouve pas, à proprement parler, de nouveaux articles, mais des articles retravaillés de manière à intégrer les dispositions de la Convention de 1989.

Il en va de même pour les sections 1 et 2. Les articles modifiés dans ces trois sections sont les articles L5132-1 à L5132-11 du code des transports.

La dernière section intitulée « responsabilité de l'assistant » comporte quant à elle deux nouveaux articles L5132-12 et Article L5132-13, spécifiquement créés pour intégrer les normes de la convention de 1989.

Cette codification nous semble donc heureuse : elle a pour le moins le mérite d'exister même si l'on peut craindre que la ponctuelle précipitation du jugement ne soit venue brouiller, par endroits, la démarche du codificateur. Le compréhensible parti pris de tout réunir dans une même approche logique, de faire au mieux le lit du multimodal dont on sait qu'il va s'imposer, conduit à regarder le droit maritime en changeant de *point de vue*. Le *point de vue* n'est pas une opinion. Le *point de vue* c'est un positionnement du regard. Ce que voit l'observateur change un peu quand il change de place.

A ce titre on ne saurait nier que l'élaboration d'un code des transports invite à jeter sur la mer un regard modifié.

« *Mais là encore, souligne le professeur Delebecque, a-t-on pensé à toutes les implications de cette modification ? En matière aérienne, l'assistance est rare, mais se*

¹⁴⁶⁹ Delebecque P., « *Je le croyais constant, il était infidèle !* » : une codification à droit « inconstant », op. cit.

décalque sur le droit maritime. L'article L.6132-1 renvoie précisément aux textes sur l'assistance maritime et donc désormais la convention de 1989. Il n'est pas certain, cependant, que l'application en l'occurrence de la convention de 1989 conçue pour le monde maritime soit totalement appropriée »¹⁴⁷⁰

Quel impact aura-t-il sur la santé du droit maritime ? Peut-être faut-il regarder le code des transports comme une trousse de premiers soins ? Les premiers soins sont importants qui conservent le malade à de futures attentions, d'autres soins, mieux ciblés, réglés par un diagnostic patient. Le droit maritime peut-il guérir ?

« *La santé*, soutient avec éclat le Dr Knock de Jules Romains, *n'est qu'un mot, qu'il n'y aurait aucun inconvénient à rayer de notre vocabulaire. Pour ma part, je ne connais que des gens plus ou moins atteints de maladies plus ou moins nombreuses à évolution plus ou moins rapide.* »¹⁴⁷¹

Il se pourrait que le rapprochement que l'on serait tenté de faire entre tel droit et tel homme ait moins d'opportunité, moins d'à propos, qu'un autre rapprochement que l'on ferait entre le Droit qui, à l'image de la mer est *toujours recommencé*, toujours guéri, toujours malade, et l'espèce des hommes. Ce constat ne fournit d'ailleurs pas la réponse. Mais il change le *point de vue*.

¹⁴⁷⁰ Delebecque P., « *Je le croyais constant, il était infidèle !* » : une codification à droit « inconstant » » op. cit.

¹⁴⁷¹ Romains J., *Knock ou le Triomphe de la médecine*, Acte II, scène 3, 1924.

CONCLUSION

Le droit maritime est-il, en vérité, malade ?

Et malade *tout seul*, ou malade à la façon dont est malade une branche d'arbre : une branche d'un arbre atteint de mal, dépérissant dans ses racines ou dans son tronc, n'offrant plus comme avant son abri ?

Pour répondre et pour finir, nous nous contenterons de rappeler quelques points, d'ajouter de derniers détails. Et d'abord de revenir sur cette idée de *maladies du droit* (1). De l'ensemble des symptômes énumérés ci-dessous, plusieurs lignes de force émergeront. La conviction, d'abord, qu'un mouvement de reclassement des sources est à l'œuvre (2). Il reste que les sources du droit sont troublées, brouillées, défiées, par des phénomènes de concurrence (3). La loi, source majeure, est dépossédée, pour une bonne part, de son ancienne splendeur (4). Le recul de la Loi, corollaire obligé du recul de l'Etat, n'est pas sans signification pour le droit maritime ; il importe pourtant de le préserver (5). Et tout cela, pour finir, devra nous laisser confiants.

1. Les maladies dont le droit peut souffrir.

Il existe – il n'en faut pas douter – des maladies du droit. Précédant la conférence remarquée du juriste académicien Jean-Denis Bredin devant le public réuni le 17 janvier 2005 dans la Grand'Chambre de la Cour de cassation, certains l'avaient pressenti. Le Doyen Ripert, déjà, s'interrogeait en 1949 sur *le Déclin du droit*¹⁴⁷².

Les maux que nous avons regardés ne sont pas ceux d'un droit menaçant mais ceux d'un droit menacé. Notre propos fut d'évoquer le droit maritime – et le droit général à travers lui - malade de ses sources et perturbé, donc, dans les réserves mêmes de sa légitimité :

- par les surabondances des textes. Au plan du droit maritime, un phénomène de concurrences de conventions, des risques de conflits : l'insécurité juridique. Sur le plan plus large du droit général, les enchevêtrements de la Loi, la surabondance des textes, une obésité qui rend impotent, les risques, là aussi, de conflits
- par certains tarissements de la coutume (un droit pourtant porté par le sujet de droit, connu, qui s'enracinait en soi)

¹⁴⁷² Ripert G., *Le Déclin du droit*, Ed. LGDJ, Paris 1949, 225 pages.

- par d'éventuels détournements des eaux : la jurisprudence de l'Union Européenne commande à la loi d'Etat
- par des quêtes de pouvoir, la revendication de l'autorité sur les sources, une lutte autour des puits
- par les surgissements de sources neuves, un creusement de puits, des créations de réserves ou de contenants dont le contenu s'admettra pour du droit. Droits spontanés, qui viennent s'installer sur des terrains que les droits d'Etat n'ont plus la force d'irriguer : leur forme la plus connue, *la lex mercatoria*, consolidée de jurisprudence arbitrale, arbitre abondamment les conflits maritimes. Et puis les droits souples ou mous dont une autorité publique – Union Européenne, Organisation Internationale du Travail – revendique à l'occasion la paternité. Faut-il y voir un mal ? Un symptôme d'un mal ?

De ce mal des sources, et définissant lesdites sources comme « *l'endroit où l'on puise* »¹⁴⁷³, M. Jean-Pierre Gridel, Conseiller à la Cour de cassation – que nous avons déjà cité - dresse une vigoureuse synthèse. « *Où le juriste français d'aujourd'hui doit-il chercher pour trouver le droit à appliquer ?* » L'auteur relève un bouleversement net de la situation claire et rangée d'un droit d'avant. « *Ce tableau hexagonal et naïf est mort. L'internationalisation (...) suscite (...) l'application fréquente en France du droit substantiel étranger (...) Plus significativement encore, certains traités ont pour objectif l'édification par le droit de vastes ensembles géo-juridiques ou même géo-politiques, tels l'Union européenne, qui institue des organes normatifs secrétant en permanence une infinité de dispositions textuelles ou solutions jurisprudentielles nouvelles et obligatoires pour les pays signataires.*¹⁴⁷⁴ »

Au plan interne, rien non plus qui puisse relever d'un diagnostic de bonne santé. « *Simultanément, l'on constate les mutations et relatives pertes de crédit affectant des textes de production nationale. Ils sont de moins en moins l'émanation d'un souverain mais le résultat de négociations menées dans l'espoir d'un consensus (...) Plus gravement, les textes nationaux s'embarrassent parfois de propositions non normatives, déclamatoires et bavardes, ou bien, même au plus haut niveau, rentrent dans des détails étriqués, empêchant toute interprétation ou adaptation par lesquelles la pratique ou le juge permettrait à la loi de respirer. Et que dire des textes faits à l'essai, sans étude préalable d'impact, que dire de*

¹⁴⁷³ Gridel J-P. *Les sources du droit français, aujourd'hui*, in *Les Sources du droit : aspects contemporains*, Ed. Centre d'Etude des Droits du Monde Arabe, Beyrouth 2006, p.39.

¹⁴⁷⁴ Ibid.

*l'influence exercée par des minorités activistes et médiatiquement bien soutenues, ou pire encore, des marchandages électoraux ou calculs politiques dans lesquels s'anéantit la préoccupation du bien commun. Il ne reste qu'à mentionner l'ignorance méprisante de techniques et finalités juridiques affectant nombre d'hommes politiques ou hauts fonctionnaires: bref, la transcendance de la loi nationale, la révérence dont elle était entourée sont des notions aujourd'hui très affaiblies.*¹⁴⁷⁵ »

Le dépérissement du droit tel que nous le connaissions ? Mais quel droit connaissions-nous ? Celui qui se confond avec l'Etat ? Le droit selon Kelsen ? Fut-il jamais, complètement, notre droit maritime ? Pour le droit maritime il se pourrait que cette remise en cause ait un goût de... retour aux sources (au sens figuré qui prévaut de nos jours où la source est une origine, un antécédent, mais pas une fontaine). A l'origine on doit penser que le droit maritime est un droit spontané.

Ce *droit spontané* que nous avons évoqué, passerait pourtant pour une source nouvelle, ainsi que le *droit mou*, ce *soft law* des Anglo-Saxons que l'on appelle aussi le *droit souple*. Or nous avons envisagé que ces sources-là pourraient n'être qu'un resurgissement de vieilles sources que l'on croyait taries. Le droit, mal servi par la faiblesse avérée de l'Etat chercherait à tâtons, pour se ranimer, ses possibles voies de recours.

Ne doit-on pas penser que le *désordre des sources* (à condition de bien situer ce nom dans le sens juridique qui lui appartient, tenant à l'écart les pressions qui sont exercées comme la bousculade des autorités diverses) est peut-être un essai d'aller vers un ordre reconstruit ? Les notions de *droit souple* et de *droit dur* en seraient des signes avant-coureurs.

2. Droit « dur » et droit « mou » : vers un reclassement des sources.

Droit « souple » et droit « dur ». Sans doute on jugera que ces distinctions, formulées dans un langage plus neuf, ont un côté global, tactile, et peut-être grossier. Tout devient « hard » ou « soft », mis à l'abri des subtilités de l'expression - qui auraient fait l'honneur (ou le lustre) dit-on, des juristes d'antan. Le rock & roll peut-être « hard », l'informatique est en partage entre le « hardware » et le « software ». On pourrait multiplier les exemples.

Or ces distinctions, simplistes au plan de l'analyse, ont un avantage : exigeant peu de subtilités lexiques et permettant l'ignorance des étymologies qui désarçonnent parfois, ces distinctions sont fonctionnelles.

On pourrait peut-être et quoi qu'il en coûtât (ce n'est que suggestion) recourir à ce classement pour l'ensemble des sources. Les sources dures – on pourrait les appeler, dans une

¹⁴⁷⁵ Ibidem

approche éventuellement plus analytique, *sources impératives* - y côtoieraient les sources molles au souples – on les appellerait – pourquoi pas ? - *sources incitatives*. Cette classification qui, pour l'essentiel, ne fait que reprendre avec d'autres mots le classement traditionnel des sources, des *formes de présentation du droit*, pourrait avoir l'intérêt, tout en encadrant la réflexion sur les textures du droit, de faire apercevoir à nouveau que les cloisons distinguées par le savoir juridique ont une étanchéité bien imparfaite.

Ceci conduirait à distinguer :

➤ Les **sources impératives** ou *dures* du droit. On y rangerait à tout coup :

- la loi *lato sensu*, rappelant qu'en droit maritime international – et dans les formes internationales du droit – le texte a valeur de *loi* prend la forme d'une *convention*.
- la coutume
- les principes généraux du droit

➤ les **sources incitatives** ou *flexibles* du droit. On y rangerait :

- la doctrine
- les droits mous, doux ou flous¹⁴⁷⁶ d'aujourd'hui

➤ Il resterait alors, expérimentant les *flexibilités* du droit positif¹⁴⁷⁷, à diriger vers les deux côtés de cette ligne de partage des eaux les autres sources connues, voire à souligner certaines données variables. C'est ainsi que :

- La jurisprudence, source *incitative*, au moins dans le principe, en pays de droit légiféré, devient source *impérative* (fût-ce sous le nom *case law*) dans les pays de common law mais pareillement pour la Cour de justice de l'Union européenne et notre Conseil constitutionnel. Au-delà de quoi, la croissante *effectivité* de la jurisprudence ouvrirait la porte – ou laisserait la porte ouverte – aux débats continués des sachants.

- Le contrat, l'acte juridique des particuliers, se dirigerait vers l'une ou l'autre de nos deux entrées, selon son contenu.

- Tel serait aussi le sort de la nébuleuse du droit *spontané* qui demande qu'on juge au cas par cas. La puissance impérative de la *lex mercatoria* semble établie.

- Où rangerait-on le droit *sacré* qui, si l'on conserve ici la classification du Professeur Jestaz, réunit le droit religieux, les droits de l'homme et les principes généraux du droit¹⁴⁷⁸ ?

¹⁴⁷⁶ Distinctions que le Professeur Catherine Thibierge opère au sein du droit souple.

¹⁴⁷⁷ Par référence à l'ouvrage du Doyen Carbonnier : *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001, 10^e édition, 494 p.

¹⁴⁷⁸ Le professeur Jestaz utilise l'expression *droit révélé* (parfois *révélation*) d'autant plus volontiers qu'il estime aussi que, dans le domaine laïc, les droits de l'homme et les principes généraux du droit sont non pas *conçus* mais *exhumés* par les juristes, extraits d'une forme de *révélation*, de droit naturel. Il reste qu'au plan religieux la

- La réponse est immédiate, indiscutée, si l'on se situe dans la tradition musulmane : il est évident que le droit sacré de l'islam est une *source* impérative et que le droit sacré se réduit à la composante religieuse aperçue comme étant la source unique du droit. S'il est vrai comme le montre le Professeur Jestaz, parlant du droit des pays musulmans, que « *sans limites est l'ingéniosité des juristes, qui savent faire évoluer le droit tout en feignant de le conserver*¹⁴⁷⁹ », tout droit laïc qui vient à manifester son existence en pays d'islam doit s'assurer, pour le moins, qu'il ne contrarie en rien les prescriptions du Coran ni de la Sunna (qui, pour les musulmans sunnites est la tradition forgée sur la vie de Mohamed). Pas de place, donc, pour une expression des droits de l'homme ou pour des *principes généraux du droit* qui prendraient des distances avec le religieux.

- La réponse est immédiate aussi si l'on se situe dans la tradition chrétienne, à ceci près que le *droit sacré* qui, certes, est impératif, se compose essentiellement de ce que le droit musulman ne prend pas en compte : une *source* laïque. Vers elle pourraient se diriger les Principes que nous avons rangés ci-dessus mais aussi les droits de l'homme, invités, dans un préambule élégant, par la Constitution de la France. Il est vrai que « *même dans les droits européens, la révélation, en l'occurrence chrétienne, a pu discrètement dicter certaines normes juridiques*¹⁴⁸⁰ ». Mais il y a lieu de considérer que la composante religieuse du droit sacré, dans une tradition qui, d'origine, a séparé le spirituel et le temporel, n'a pas de véritable autonomie, qu'il prend la forme d'une morale ou, si l'on veut, dans certaines époques au moins, d'un droit *souple*.

• Les *sources* nouvelles introduites notamment par l'eupéanisation du droit, général ou maritime, ont assez peu troublé l'eau traditionnelle des sources et la répartition catégorielle de ces sources est bien sûr inchangée : la loi, la jurisprudence... Il est vrai toutefois qu'à l'aune de notre classement ci-dessus des changements fondamentaux sont à prendre en compte et nous avons vu que la jurisprudence européenne est source *impérative*, étant contraignante pour tous. Les catégories qu'en raison de leur aspect de normes édictées l'on serait volontiers tenté de rattacher à la loi sollicitent pourtant les deux entrées de ce classement, le législateur versant aussi son eau dans le terrain des sources souples. Ainsi les *règlements*, les *directives* et les *décisions*, diversement contraignants mais toujours contraignants, destinés à tous les Etats, certains Etats, voire certains destinataires, ont à se

Sunna musulmane ou le *Droit canon* de l'Eglise catholique à quoi fréquemment l'auteur fait référence, ou la tradition fixée par les *Commandements de l'Eglise* ont un caractère assurément *sacré* pour les fidèles et ne sont cependant pas *révélés*. Pour cela nous avons préféré l'appellation *droit sacré* tout en demeurant dans l'ensemble évoqué par le Pr Jestaz.

¹⁴⁷⁹ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, éd. Dalloz 2005, p. 13.

¹⁴⁸⁰ Jestaz Ph., *Les Sources du droit*, op. cit., p. 13.

regrouper dans les catégories de la loi, rejoignant par là les sources *impératives*. A rebours, les *recommandations* et les *avis* qui sont *souples* un peu par définition, rejoindront les sources *incitatives*.

Ce qui précède occupe déjà la place et vaut par la force des faits.

Ceci toutefois ne conduit pas à nier que les sources aujourd'hui restent troublées, brassées dans la confusion qu'évoque Jean-Pierre Gridel. Elles sont de plus l'objet de tiraillements, de concurrences.

3. Des sources plongées dans des logiques de concurrence.

Cette concurrence est double : à côté d'une concurrence entre les sources elles-mêmes apparaît un désir ouvert de concurrencer le droit par de souples arrangements qui tiendraient d'abord compte, en tout ce qui concernerait l'échange commercial, des intérêts puissants.

Les sources du droit maritime, aujourd'hui, sont soumises à d'étranges règles de la concurrence où l'on peut peut-être voir, par endroits, *la main invisible du marché*¹⁴⁸¹.

Concurrence à l'échelle internationale entre des conventions d'âge divers et diversement adaptées, diversement ratifiées – divers états d'un côté, divers Etats d'un autre – et soutenues tantôt mais tantôt donc attaquées par la diversité des intérêts sectoriels : le droit maritime international est tiraillé. Son internationalité de toujours lui devient lourde à porter.

Concurrence au plan supranational européen, qu'exerce aujourd'hui l'Union Européenne, soucieuse d'asseoir en droit sa puissance indubitable et qui voudrait parler – non sans raisons parfois ? - plus fort que les Nations Unies : le droit maritime est bousculé par une forte houle de mer.

Concurrence au plan du droit national – et nous retiendrons le cas particulier de la France - entre la Loi qui traduit l'autorité publique et les pratiques normatives privées, concurrence - et toutefois collaboration consentie - entre l'arbitrage et le jugement, reconnaissance par la jurisprudence officielle de la Cour de cassation d'une *lex mercatoria* qui se construit en bonne part d'une jurisprudence arbitrale et par conséquent privée, réticences à transposer dans le droit national interne, avec fidélité, des acquis du domaine international, imparfaitement rassemblés dans un code qui n'est pas maritime : le droit maritime est partagé, troublé, comme éprouvé.

¹⁴⁸¹ Expression dont la paternité revient à Adam Smith, théoricien britannique du libéralisme dans son ouvrage intitulé *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations* (1776). « Adam Smith évoque une 'main invisible du marché' qui, grâce aux prix, assure la coordination des intérêts individuels et conduit à un résultat profitable pour tous ». (Encyclopédie Encarta)

Si l'on ne revient pas ici sur le mal qu'a le droit maritime – et ce mal est aussi celui du droit de la mer – à contraindre au respect de la norme un immense appétit financier qui tend à camoufler sous un indémêlable anonymat la responsabilité des navires et des sociétés – l'on conviendra que le mal du droit maritime, ainsi qu'il apparaît dans les précédentes lignes, est pour l'essentiel dans le trouble des sources. Conflits, fusions, confusions, la référence du juste et de l'injuste ou du légal et de l'illégal, de ce qui relève du droit, de ce qui est contraire au droit, cette référence-là tend à se voiler.

Précisément du fait de cette ultime concurrence et qui n'est pas une concurrence entre sources, en vérité, mais une concurrence entre le juste et le fort ou plus exactement, sans doute, entre le légal et le fort : un défi que le droit reçoit du non droit.

Le Professeur François Ost évoque, en termes très directs, l'évolution qui est en cours : « *un nouvel ordre des choses se dessine, dont l'accomplissement des promesses présuppose l'affranchissement des contraintes réglementaires présentées comme « obstacles à la libre circulation », et le démantèlement corrélatif des institutions publiques* ¹⁴⁸² ». On était sorti de l'état de nature, indique l'auteur, par le contrat social. On assisterait donc à un renversement de la logique en telle façon que les tenants d'un nouveau libre-échange indiquent le cap d'un état de nature où le plaisir général d'entreprendre aurait pour corollaire une disparition des contraintes. Se convaincra-t-on qu'il s'agit là d'un univers de discours ? « *On sait que ce scénario n'a plus rien d'utopique aujourd'hui : l'Etat-nation qui était résultat du contrat social moderne est en effet sérieusement ébranlé, en même temps que s'ébauchent les traits d'une régulation économique mondiale, dont beaucoup d'éléments donnent à penser qu'elle traduit plus « la loi du marché » que les impératifs d'une gouvernance mondiale préoccupée de l'intérêt général.* ¹⁴⁸³ »

Derrière le discours libéralisant se cache un désir, net chez certains, de remplacer le contrat social qui est le fondement de notre droit, par un darwinisme social où le plus fort, notamment dans tout ce qui se rapporte aux échanges du commerce, imposerait sa force au plus faible et disposerait de lui. La devise en matière d'échanges internationaux de George W. Bush, ancien président des Etats-Unis d'Amérique, irait dans un sens identique : « *Not aid, but trade* ». Pas d'aide mais du commerce. « *Ainsi comprise, écrit le Professeur Ost, la loi de nature s'apparente à la loi du plus fort, au risque cette fois d'une dénaturation du droit qui*

¹⁴⁸² Ost F., *Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher encore et toujours à l'état de nature in Le Droit saisi par la mondialisation*, ouvrage collectif sous la dir. de Charles-Albert MORAND, Editions Bruylant – Editions de l'Université de Bruxelles 2001, p. 5

¹⁴⁸³ Ibid., p. 6.

*s'alignerait purement et simplement sur ses exigences*¹⁴⁸⁴ ». L'auteur signale à cet égard la position radicale de l'économiste Von Hayek (au demeurant très critique à l'égard du libéralisme social keynésien)¹⁴⁸⁵.

A terme, on désirerait une mise sous tutelle du droit par le désir conquérant de l'économie. Ce que confirme, en termes très voisins, l'analyse du Professeur Cachard. « *Les travaux de l'économiste Hayek reposent ainsi sur le postulat que la règle de droit ne vaut que pour autant qu'elle s'inspire de la loi du marché*¹⁴⁸⁶ ». En quelque sorte, et si l'on osait caricaturer Pascal, à défaut d'avoir obtenu que le juste fût fort, on obtiendrait que le droit soit soumis. Soumise aussi, la morale. Hayek « *répudie sèchement les philosophes et les moralistes*¹⁴⁸⁷ » et ce n'est donc pas seulement le droit que sa pensée repousserait vers le bas-côté mais la morale aussi, qui freinerait le marché. « *De ce fait, dans la plupart des régimes du monde, le développement d'une économie de marché ouverte a longtemps été empêché par ces morales prêchées par les prophètes et les philosophes, même avant que les mesures gouvernementales aient eu le même effet...*¹⁴⁸⁸ »

Tout ceci, bien évidemment, n'appartient pas en propre au droit maritime. On s'étonnera que ce droit maritime, international d'essence et de naissance, éprouve - à l'âge de la mondialisation - du mal à préserver son internationalité. Ceci n'est qu'un paradoxe apparent qu'il convient de situer dans ce que nous avons appelé *le désordre des sources*.

A ce titre, il faut retenir ici le recul de la loi.

4. Le recul de la loi.

Si l'on peut parler, de générale façon, du désordre des sources, il se pourrait bien qu'une seule, en vérité, soit menacée, la seule qui ait grâce aux yeux du normativisme : il s'agit de la Loi *lato sensu*. Cette loi que tire un peu vers le bas l'affaiblissement des Etats, la surpuissance des marchés ; cette loi qui bavarde en vue des élections mais dont le pas s'alourdit dans la pléthore et dans l'obésité.

Rien d'entièrement neuf au plan de l'international. Le système de ratification des traités n'est pas nouveau. Mais ne peut-on penser que la solennité de la convention, la dignité de la loi, pourraient être affectées par la bruyante manifestation des intérêts sectoriels ? Doit-on penser que cela n'est pas chose si neuve ? Et doit-on penser que cette chose-là ne présente

¹⁴⁸⁴ Ibidem, p. 8.

¹⁴⁸⁵ Economiste d'origine autrichienne, prix Nobel d'économie (1899-1992).

¹⁴⁸⁶ Cachard O. *Droit du commerce international*, op. cit, p. 19

¹⁴⁸⁷ Ibid., p. 20.

¹⁴⁸⁸ F. Von Hayek. *Droit, législation et liberté*, trad. R. Audoin, Paris, PUF, 2^e éd., T.3, 1989, p. 198. Cité par le Doyen Cachard, ouvrage ci-dessus, p. 20.

aucun rapport avec les groupes de pression, les *lobbies* anglo-saxons venus des Etats-Unis, si massivement installés dans les antichambres de Bruxelles ? Ne sont-ce pas des intérêts sectoriels qui s'élèvent avec vigueur contre les *Règles de Rotterdam* ?

Il y a du neuf à Bruxelles, et peut-être pas qu'à Bruxelles. Au moins pourra-t-on juger que la montée en puissance, inattendue, de la jurisprudence de la CJUE n'est pas moindre que ce que le Doyen Carbonnier constatait en droit français. « *Partie d'une position secondaire dans le tableau classique des sources du droit, elle a conquis la parité avec la loi, même si la dégradation de la loi y a concouru non moins que sa propre ascension*¹⁴⁸⁹ ».

Le droit que nous connaissons gardera-t-il sa vigueur dans la mise en curatelle de la loi, de cette loi - *dura lex, sed lex* – à qui l'on voua tel religieux respect bien avant que Rousseau n'y vît la voie sacrée de son *Contrat Social* ? La nette domination de la jurisprudence aurait pour effet de sacraliser le « *droit des juges* ». Une aristocratie, certes. Un mal ? Est-ce le chemin voulu des vieilles républiques ? Il est vrai que nous n'en sommes pas là. Mais l'inquiétude est parfois la mère des sages. L'inquiétude est parfois bonne. A la façon des phares au rebord de la nuit qui tourmentent les ombres avant l'arrivée des récifs.

Le droit maritime a besoin qu'on s'inquiète de lui et qu'on songe à le préserver.

5. Préserver le droit maritime.

Il y a donc un recul de la loi. Ce recul de la Loi, de l'Etat, que peut-il, de générale façon, signifier pour le droit maritime ?

On pensera que le droit maritime est international en substance et, si proche parent qu'il soit du droit général, que le recul de l'Etat le concerne en moins forte façon. Pour autant la possibilité ne lui est pas offerte, à notre sentiment, de se passer totalement du relais de l'Etat. L'arbitrage, extrêmement répandu dans le secteur maritime, en a lui-même besoin : la vie du droit reposant par ailleurs sur l'existence de voies de jugement. Les modes plus amiables de résolution des conflits – la conciliation, la médiation – ne peuvent tabler que sur un accord spontanément trouvé. Serait-il aussi spontanément trouvé si la perspective de jugements plus contraignants venait à s'estomper ?

Le droit maritime – et qu'on suppose ou non résolue la cruciale question de sa suffisante unité – suivrait-il le cours général des choses en risquant d'être entraîné, par un seul mouvement de rentabilité rapide, au large de lui-même en laissant sa spécificité ?

Il nous semble impératif, à nous, que le droit maritime ait la puissance de conserver son originalité qui nous paraît reposer sur des réalités qui sont au-delà des calculs :

¹⁴⁸⁹ Carbonnier J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, op. cit., p. 61

- sur la réalité des défis et des dangers que la mer – en dépit de conditions techniques améliorées – représente pour l’homme
- sur les réalités des métiers de la mer
- aujourd’hui sur la suffisante préservation de la mer, milieu de vie nécessaire à la vie.

Si le droit maritime avait à mourir – ce qu’en vérité nous n’envisageons nullement – la mort de la mer et de l’homme, à notre sentiment, pourrait vite venir de l’homme. Mais la mort du droit, dans le sens le plus général du mot, sera sans doute évitée le jour où le plus grand nombre de ceux qui voudraient réduire à leur profit cet obstacle gênant s’aviseront qu’ils en ont eux-mêmes besoin. L’anecdote qui suit l’atteste pleinement : celle des pays émergents s’opposant, à l’aube des indépendances, aux limitations de responsabilités figurant dans le droit maritime - et souhaitant pour l’essentiel qu’on payât tout - se ravisant quand des navires à leur pavillon se heurtèrent à leur tour aux risques de la mer.

S’il faut bien se résoudre à déplacer les lignes de force, ajuster ce qui doit l’être et tout d’abord ses jugements, nul ne peut penser que l’équilibre et la paix, la puissance harmonieuse d’être, insaisissable et recherchée de toujours, puissent se découvrir dans l’abolition des repères et des contraintes du droit. Le navire, en quête de la paix du port, a besoin des *amers* et du phare et le ruisseau ne peut trouver sa course - ou son nom - que dans les berges qu’il a pu creuser.

Le droit maritime ne mourra pas. « *C’est un droit de pointe. Comment pourrait-il en être autrement quand il doit informer une technique en révolution dont l’audace est à la mesure de l’immensité des océans*¹⁴⁹⁰ ».

Le droit va-t-il mourir ? Le droit peut-il mourir ? Ces questions-là sont parfaitement séparées. Jugeons que la seconde a du sens. Le droit peut-il mourir ? La réponse est oui. Le droit mourut dans le massacre espagnol des Amérindiens, dans l’esclavage des Noirs. Le droit mourut sous la Terreur dans les flots de sang des guillotins, dans les goulags de Staline et les prisons nazies, dans les rizières de Pol Pot, dans le génocide des Arméniens, dans la tyrannie de Mengistu faisant mourir par la faim le peuple d’Ethiopie. Mais le droit renaît. Le constater peut consoler de l’homme. Un autre constat pourtant : le droit n’est jamais mort que quand la morale mourait.

Sommes-nous menacés ? Par quelle voie juger la pollution des océans ?

¹⁴⁹⁰ Rodière R, *Le droit maritime*, op. cit., p. 8

Si dur que l'on veuille aujourd'hui se figurer le monde, il ne faut pas vraiment penser – quel que soit le parcours que la réflexion présente a suivi – qu'il n'enferme plus que des calculs d'intérêt. Des témoignages sont rendus. Des voix se font entendre. Et le souci n'est pas mort de cette morale dont nous parlions. Ripert, grand nom du droit maritime, y voyait la sève du droit. La distinction des deux lui semblait certes impérative : « *Cette distinction du droit et de la morale est la condition même de la liberté politique* ». ¹⁴⁹¹ Le droit se respecte debout. Pour autant c'est dans la proximité suffisante entre les contraintes du dehors et les postulats du dedans que, pour l'homme en société, réside un équilibre et c'est là que le droit se trouve un supplément de sens. « *C'est une vue superficielle des choses que de croire à la plénitude de l'ordre juridique positif alors qu'il n'a d'autres raisons à donner de sa valeur que son existence même. (...) À qui réfléchit sur les rapports du droit et de la morale se pose de nouveau, et avec plus de force après la séparation nécessaire, la question de savoir si le droit peut vivre coupé de sa racine, par la seule force de sa technique, ou si, au contraire, il ne peut se développer que par une montée continue de la sève morale.* » ¹⁴⁹²

Or, si farouche que soit par endroit la marchandisation du monde, il est permis de penser que ce monde-là n'appartient pas pour l'heure aux émules de von Hayek. « *Contrairement à ce que soutient Hayek, les opérateurs du commerce international sont attachés à « la part de l'idéalisme » qui fait bonne mesure au positivisme et aux intérêts du commerce international* » écrit le Doyen Cachard. Lequel ajoute : « *Les illustrations en sont nombreuses et peuvent être rangées sous les bannières de la vertu et de l'équité* » ¹⁴⁹³. L'auteur estime, que l'exigence morale est aujourd'hui manifestée dans les échanges internationaux du commerce : « *la morale irrigue le droit du commerce international et le droit international économique* » ¹⁴⁹⁴. Et, se référant lui-même à Ripert, il estime que : « *Si l'autorité du droit est bien fondée sur une conception positive et sur des choix assumés par le législateur au nom de la Nation, il faut néanmoins faire appel à la morale dans l'élaboration des règles juridiques* » ¹⁴⁹⁵.

Nous achèverons par une ultime grande voix, prenant la liberté de l'écouter plus longuement qu'il n'est courant. Ce que cette voix dit nous semble toujours vrai. Nous semble toujours juste. Et même beau, fût-ce en termes désabusés.

¹⁴⁹¹ Ripert G., *La Règle morale dans les obligations civiles*. Extrait : Encyclopédie Encarta, article « Ripert ».

¹⁴⁹² Ibid.

¹⁴⁹³ Cachard O. *Droit du commerce international*, op. cit., p. 20 et s.

¹⁴⁹⁴ Ibid.

¹⁴⁹⁵ Ibidem

« Le droit maritime traditionnel a connu son apogée avec l'Ordonnance française de 1681. Ses règles ont gouverné le Monde jusqu'à ces dernières décennies. La complicité de l'histoire et de la géographie lui avait donné pour berceau le pays le plus harmonieux de la Terre, la Gaule éternelle avec sa double façade maritime, sur la Méditerranée aux brusques bourrasques et l'Atlantique aux grandes tempêtes : le droit maritime y avait trouvé le souffle de ce génie fait d'accommodements aux lois de la Nature, de sacrifices réciproques devant ses fatalités et ne condamnait que la témérité excessive et la cupidité des hommes. C'était un corps cohérent de règles raisonnables façonnées au fil de leurs besoins pour les hommes de la mer, transporteurs, marchands et pêcheurs.

La révolution industrielle a menacé cet équilibre ; les modifications dans les structures économiques et sociales qu'elle a suscitées l'ont ébranlé ; les « progrès » mécaniques ont achevé la mutation des esprits et la ruine du système. Les chalutiers dévastateurs des fonds marins, les gros pétroliers n'éveillent plus la complaisance qui entourait les barques de pêche ou le brick du capitaine Lingard¹⁴⁹⁶. Ceux-ci méritaient qu'on eût égard à la faiblesse humaine et que la faute prouvée fût l'unique source de la responsabilité. Ceux-ci appellent une responsabilité automatique qui rendra insensible le fléau de la justice. Quand l'assurance couvre tout et répartit sur tous le poids des erreurs commises par quelques-uns et le fait du hasard, pourquoi donc raffiner ?

Tant qu'il y aura des hommes, il faudra bien des règles sociales et le droit maritime ne va sans doute pas s'abîmer dans le droit commun. Mais, à des règles subtiles et bien coordonnées, façonnées par une longue tradition avant que les lois ne la formalisent, se substituera un Ordre juridique nouveau, fait de règles simples et brutales, sinon désordonnées parce que la politique ne laisse place ni prise à la morale, que la vanité aura relayé la prudence et la prétention des théoriciens supplanté la modération des praticiens. Ce passage s'accomplit sous nos yeux. Comme celui de toutes les révolutions, le spectacle est désolant et magnifique.¹⁴⁹⁷ »

A partir de chaque port le grand large est toujours devant. Reste à attendre – au sens le plus figuré – que le vent se lève.

¹⁴⁹⁶ Personnage d'un roman de Joseph Conrad *Le Banni des Iles*.

¹⁴⁹⁷ René Rodière, paragraphes de fin de l'ouvrage *Le droit maritime*, op. cité.

BIBLIOGRAPHIE

TEXTES OFFICIELS

Textes internationaux

Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, 25 août 1924 (Règles de La Haye).

Convention de Varsovie pour l'unification de certaines règles relatives au Transport aérien international du 12 Octobre 1929

Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer du 10 mai 1952

Convention de Genève relative au contrat de transport international de Marchandise par route (CMR) du 19 mai 1956

Convention de Berne concernant le transport des Marchandises par chemins de fer (C.I.M.) du 25 Février 1961.

Protocole portant modification de la convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance signée à Bruxelles le 25 août 1924, fait à Bruxelles le 23 février 1968

Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (CLC 1969) du 29 novembre 1969

Convention relative à la Responsabilité Civile dans le domaine du transport maritime de matières nucléaires du 17 décembre 1971

Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL) du 18 décembre 1971.

Convention sur le règlement international de 1972 pour prévenir les abordages en mer (COLREG 1972), faite à Londres le 20 octobre 1972

Convention de Londres pour la prévention de la pollution par les navires (Convention MARPOL) du 2 novembre 1973.

Convention relative à un code de conduite des conférences maritimes du 6 avril 1974

Protocole de la convention internationale de 1971 portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FUND PROT 1976), fait à Londres le 19 novembre 1976

Protocole à la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures fait à Londres le 19 novembre 1976

Protocole de 1978 relatif à la Convention internationale de 1973 (Convention MARPOL) pour la prévention de la pollution par les navires, du 17 février 1978

Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer, 30 mars 1978 (Règles de Hambourg).

Protocole portant modification de la convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance du 25 août 1924, telle qu'amendée par le protocole de modification du 23 février 1968, du 21 décembre 1979

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980

Convention internationale de Genève du 24 mai 1980 Convention des Nations unies sur le transport multimodal international de marchandises du 24 mai 1980

Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982.

Convention de Londres sur l'Assistance (Assistance 1989) du 28 avril 1989.

Protocole de la Convention Internationale de 1971 portant création d'un Fonds International d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL 1992) du 27 novembre 1992

Protocole modifiant la convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par hydrocarbures fait à Londres le 27 novembre 1992

Convention de Montréal pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international du 28 mai 1999

Protocole de 2003 modifiant la Convention internationale de 1971/1992 portant création d'un fonds d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures du 16 mai 2003.

Convention du travail maritime, 2006 (MLC 2006) du 23 février 2006

Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer ("Règles de Rotterdam") du 11 décembre 2008

Textes de l'Union européenne

Droit originare

Traité de Rome du 25 mars 1957.

Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, du 30 mars 2010, JOUE C 83.

Version consolidée du Traité sur l'Union européenne, du 30 mars 2010, JOUE C 83.

Droit dérivé

Règlement CEE n° 954/79 du Conseil, du 15 mai 1979, concernant la ratification par les États membres de la convention des Nations unies relative à un code de conduite des conférences maritimes ou l'adhésion de ces États à la convention, JOCE L/21 du 17 mai 1979, pp. 0001-0004.

Règlement 4055/86/CEE du Conseil, du 22 décembre 1986, portant application du principe de la libre prestation des services aux transports maritimes entre États membres, et entre États membres et pays tiers, JOCE L 378 du 31.12.1986, pp. 1-3.

Règlement 4058/86/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 concernant une action coordonnée en vue de sauvegarder le libre accès au trafic transocéanique JOCE L 378 du 31/12/1986, pp. 21-23.

Règlement 4057/86/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relatif aux pratiques tarifaires déloyales dans les transports maritimes JOCE L 378 du 31/12/1986, pp. 14-20.

Règlement CEE n° 4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes, JOCE L 378 du 31 décembre 1986, pp. 4-13.

Règlement 479/92/CEE du Conseil, du 25 février 1992, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne («consortia»), JOCE L 055 du 29 février 1992, pp. 3-5.

Règlement 3577/92/CEE du Conseil, du 7 décembre 1992, concernant l'application du principe de la libre circulation des services aux transports maritimes à l'intérieur des États membres (cabotage maritime), JOCE L364 du 12 décembre 1992, pp. 7-10.

Règlement (CE) n° 870/95 de la Commission, du 20 avril 1995, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne (consortia) en vertu du règlement (CEE) n° 479/92 du Conseil, JOCE L 89 du 21 avril 1995, p. 7.

Règlement (CE) n° 823/2000 de la Commission, du 19 avril 2000, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne (consortiums), JOCE L 100 du 20 avril 2000, p. 0024.

Règlement 417/2002 du Parlement Européen et du Conseil du 18 février 2002 relatif à l'introduction accélérée des prescriptions en matière de double coque ou de normes de conception équivalentes pour les pétroliers à simple coque, JOCE L 64, 7 mars 2002, p. 1.

Règlement 1406/2002/CE du Parlement Européen et du Conseil du 27 juin 2002 instituant une Agence Européenne pour la Sécurité Maritime, JOCE L. 208, 5 août 2002, p. 1.

Règlement CE/1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

Règlement 1726/2003/CE du Parlement Européen et du Conseil du 22 juillet 2003 modifiant le règlement 417/2002/CE relatif à l'introduction accélérée des prescriptions en matière de

double coque ou de normes de conception équivalentes pour les pétroliers à simple coque, JOCE L 249 du 1er octobre 2003, p. 1.

Règlement 1382/ 2003/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juillet 2003 concernant l'octroi d'un concours financier communautaire visant à améliorer les performances environnementales du système de transport de marchandises (« programme Marco Polo »), JOCE L 196 du 2 août 2003, p. 1.

Règlement 725/2004/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relatif à l'amélioration de la sûreté des navires et des installations portuaires, JOCE L 129 du 29 avril 2004, p. 6.

Règlement 1419/2006/ CE du Conseil du 25 septembre 2006 abrogeant le règlement 4056/86/CEE déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité aux transports maritimes, et modifiant le règlement 1/2003/CE de manière à étendre son champ d'application au cabotage et aux services internationaux de tramp, JOCE L 269 du 28 septembre 2006, p. 1.

Règlement 1692/2006/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 2006, établissant le deuxième programme Marco Polo pour l'octroi d'un concours financier communautaire visant à améliorer les performances environnementales du système de transport de marchandises (Marco Polo II), et abrogeant le règlement le règlement 1382/ 2003/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juillet 2003 concernant l'octroi d'un concours financier communautaire visant à améliorer les performances environnementales du système de transport de marchandises (« programme Marco Polo »), JOCE L 328 du 24.11.2006, p. 1.

Règlement 593/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JOCE L 177 du 4.7.2008, pp. 6-16.

Règlement (CE) n° 391/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 établissant des règles et normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p.11.

Règlement (CE) n° 392/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relatif à la responsabilité des transporteurs de passagers par mer en cas d'accident, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p. 24.

Règlement 906/2009/CE de la Commission du 28 septembre 2009, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne («consortiums»), JOCE L 256 du 29 septembre 2009, p. 31.

Règlement UE/1177/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 concernant les droits des passagers voyageant par mer ou par voie de navigation intérieure et modifiant le règlement CE/2006/2004, JOUE n° L 334 du 17/12/2010, p. 16.

Directive 79/115/CEE du Conseil, du 21 décembre 1978, relative au pilotage des navires par des pilotes hauturiers opérant dans la mer du Nord et dans la Manche, JOCE L 33 du 8 février 1979, p. 32.

Directive 92/106/CEE du Conseil, du 7 décembre 1992, relative à l'établissement de règles communes pour certains transports combinés de marchandises entre États membres, JOCE L 368 du 17.12.1992, p. 38.

Directive 93/75/CEE du 13 décembre 1993 relative aux conditions minimales exigées pour les navires à destination des ports maritimes de la Communauté ou en sortant et transportant des marchandises dangereuses ou polluantes, JOCE L 247 du 5 octobre 1993, pp. 19-27.

Directive 94/57/CE du Conseil établissant des règles et normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires et les activités pertinentes des administrations maritimes, JOCE L 319, 12 décembre 1994, p. 20.

Directive 95/21/CE du Conseil du 19 juin 1995 concernant l'application aux navires faisant escale dans les ports de la Communauté ou dans les eaux relevant de la juridiction des États membres, des normes internationales relatives à la sécurité maritime, à la prévention de la pollution et aux conditions de vie et de travail à bord des navires (contrôle de l'État du port), JOCE L 157, 7 juillet 1995, p. 1.

Directive 2001/105/CE du Parlement Européen et du Conseil du 19 décembre 2001 modifiant la directive 94/57/CE du Conseil établissant des règles et des normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires et les activités pertinentes des administrations maritimes, JOCE L 19, 22 janvier 2002, p. 9.

Directive 2001/106/CE du Parlement Européen et du Conseil du 19 décembre 2001 modifiant la directive 95/21/CE du Conseil concernant l'application aux navires faisant escale dans les ports de la Communauté ou dans les eaux relevant de la juridiction des États membres, des normes internationales relatives à la sécurité maritime, à la prévention de la pollution et aux conditions de vie et de travail à bord des navires, JOCE L 19, 22 janvier 2002, p. 17.

Directive 2002/59/CE du 27 juin 2002 du Parlement Européen et du Conseil relative à la mise en place d'un système communautaire de suivi du trafic des navires et d'information, JOCE L 208, 5 août 2002, p. 10.

Directive 2005/35/CE du 7 septembre 2005 du Parlement Européen et du Conseil relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions, notamment pénales, en cas d'infraction de pollution, JOCE L 255 du 30 septembre 2005, p. 11.

Directive 2008/106/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2008 concernant le niveau minimal de formation des gens de mer, JOCE L 323 du 3 décembre 2008, p. 33.

Directive 2009/15/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 établissant des règles et normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires et les activités pertinentes des administrations maritimes, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p. 47.

Directive 2009/16/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative au contrôle par l'État du port, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p. 57.

Directive 2009/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 2002/59/CE relative à la mise en place d'un système communautaire de suivi du trafic des navires et d'information, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p. 101.

Directive 2009/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 établissant les principes fondamentaux régissant les enquêtes sur les accidents dans le secteur des transports maritimes et modifiant la directive 1999/35/CE du Conseil et la directive 2002/59/CE du Parlement européen et du Conseil, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p. 114.

Directive 2009/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à l'assurance des propriétaires de navires pour les créances maritimes, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p. 128.

Directive 2009/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant le respect des obligations des États du pavillon, JOUE L 131 du 28 mai 2009, p. 132.

Directive 2009/123/CE du 21 octobre 2009 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2005/35/CE relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, JOUE L 280 du 27 octobre 2009, p. 52.

Livre blanc concernant la révision du règlement (CEE) n°4056/86 déterminant les modalités d'application des règles européennes de concurrence aux transports maritimes, du 13 octobre 2004, COM (2004) 675 final.

Livre blanc du 28.03.2011, Feuille de route pour un espace européen unique des transports – vers un système de transport compétitif et économe en ressources, COM (2011) 144 final.

Communication et propositions de la Commission transmises au Conseil le 19/03/1985 relatives à la politique commune des transports dans le domaine maritime Vers une politique commune des transports – transports maritimes COM (85) 90 final.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 21 mars 2000, sur la sécurité maritime du transport pétrolier, COM (2000), 142 final.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen du 10 décembre 2000 sur un deuxième train de mesures communautaires en matière de sécurité maritime suite au naufrage du pétrolier Erika, COM (2000) 802 final.

Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil du 3 décembre 2002 sur le renforcement de la sécurité maritime suite au naufrage du pétrolier Prestige, COM (2002) 681 final.

Communication de la Commission du 12 février 2003 au Parlement européen et au Conseil - Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action, COM 2003.68 final - JOCE C 63 du 15.3.2003.

Communication de la Commission du 11 octobre 2004 au Parlement européen et au Conseil: Droit européen des contrats et révision de l'acquis: la voie à suivre, COM 2004.651- Non publié au Journal officiel.

Communication de la commission du 23 novembre 2005 relative à un Troisième Paquet de mesures législatives en faveur de la sécurité maritime dans l'Union européenne, COM (2005) 585 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 21 janvier 2009 relative aux

objectifs stratégiques et recommandations concernant la politique du transport maritime de l'union européenne jusqu'en 2018, COM (2009) 0008 final.

Décision du Conseil 77/587/CEE du Conseil, du 13 septembre 1977, instituant une procédure de consultation en ce qui concerne les relations entre États membres et pays tiers dans le domaine des transports maritimes ainsi que les actions relatives à ce domaine au sein des organisations internationales, JOCE L 239 du 17/09/1977, pp. 23-24.

Décision 884/2004/CE du Parlement européen et du conseil du 29 avril 2004 modifiant la décision n° 1692/96/CE sur les orientations communautaires pour le développement du réseau transeuropéen de transport, JOCE L 167 du 30 avril 2004, p. 1.

Décision-cadre 2003/80/JAI du Conseil du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JOCE L 29 du 5.2.2003, pp. 55-58.

Décision-cadre 2005/667/JAI du Conseil du 12 juillet 2005 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires, JOCE n° L 255, p. 164.

Rapport de la Commission du 23 septembre 2005: Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis COM 2005.456- Non publié au Journal officiel.

Rapport de la Commission du 25 juillet 2007: Deuxième rapport sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence COM 2007.447- Non publié au Journal officiel.

Décision de commission européenne du 8 juillet 2008 concernant les mesures C 58/02 (ex N 118/02) que la France a mises à exécution en faveur de la Société Nationale Maritime Corse-Méditerranée (SNCM), JOCE 2009/611/CE.

Droit Interne

Lois

Loi n° 66 - 420 du 18 juin 1966, relative aux contrats d'affrètement et de transport maritimes, JORF du 24 juin 1966, p. 5206.

La loi n°67-5 du 3 janvier 1967 portant statut des navires et autres bâtiments de mer, JORF du 4 janvier 1967 page 106

Loi n°67-522 du 3 juillet 1967 sur les assurances maritimes, JORF du 4 juillet 1967 page 6648

Loi n°67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer, JORF du 9 juillet 1967, p. 6867.

Loi n°69-8 du 3 janvier 1969 relative à l'armement et aux ventes maritimes, JORF du 5 janvier 1969, p. 200.

Loi n°75-1349 du 31 décembre 1975, relative à l'emploi de la langue française, dite loi Toubon, JORF du 4 janvier 1976, p. 189.

Loi n°83-581 du 5 juillet 1983 sur la sauvegarde de la vie humaine en mer, l'habitabilité à bord des navires, et la prévention de la pollution, JORF du 6 juillet 1983, p. 2063.

Loi 99-1071 du 16 décembre 1999, portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, JORF n°296 du 22 décembre 1999, p. 19040.

Loi no 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, JORF n°88 du 13 avril 2000, p. 5646

Loi n°2003-346 du 15 avril 2003, relative à la création d'une zone de protection écologique au large des côtes du territoire de la République, JORF n°90 du 16 avril 2003, p. 6726.

Loi n°2003-591 du 2 juillet 2003, habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, JORF n°152 du 3 juillet 2003, p. 11192.

Loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004, Loi de simplification du droit, JORF n°287 du 10 décembre 2004, p. 20857.

Loi n° 2008-324 du 7 avril 2008 relative à la nationalité des équipages de navires. JORF du 8 avril, p. 5921.

Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JORF n°0110 du 13 mai 2009, p. 7920.

Loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne, JORF n°0004 du 6 janvier 2011, p. 369.

Décrets

Décret n 48-800 du 10 mai 1948 commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires, JORF du 13 mai 1948, p. 4627.

Décret n°66-1078 du 31 décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transports maritime, JORF du 11 janvier 1967 page 483

Décret n° 67- 967 du 27 octobre 1967 relatif au statut des navires et autres bâtiments de mer, JORF du 4 novembre 1967, p. 10836.

Décret n°68-65 du 19 janvier 1968 relatif aux évènements de mer, JORF du 25 janvier 1968 page 925

Décret n°69-679 du 19 juin 1969 relatif à l'armement et aux ventes maritimes, JORF du 22 juin 1969 page 6318

Décret n°76-666 du 16 juillet 1976 relatif à la codification des textes législatifs concernant les assurances, JORF du 21 juillet 1976 page 4341

Décret n°79-354 du 2 mai 1979, portant institution du certificat de pilote hauturier, JOFR du 8 mai 1979, p. 1079.

Décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification, JORF du 13 septembre 1989, p. 11560, modifié en 2002 par le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet, JORF du 9 août 2002, p. 13655.

Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JORF du 14 janvier 2011 p. 777.

Ordonnances

Ordonnance no 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce, JORF n°219 du 21 septembre 2000, p. 14783.

Ordonnance n° 2011-204 du 24 février 2011 relative au code des transports, JORF n°0047 du 25 février 2011, p. 3402.

Ordonnance n° 2011-204 du 24 février 2011 relative au code des transports, JORF n°0047 du 25 février 2011, p. 3402.

Ordonnance n° 2011-635 du 9 juin 2011 portant diverses dispositions d'adaptation du code des transports au droit de l'Union européenne et aux conventions internationales dans les domaines du transport et de la sécurité maritimes, JORF n°0134 du 10 juin 2011 p. 9834.

Circulaire du 15 juin 1987 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, JORF du 17 juin 1987, p. 6459.

Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, JORF n°129 du 5 juin 1996, p. 8263.

Codes

Code civil

Code procédure civile

Code des transports

Code disciplinaire et pénal de la marine marchande

Code du travail maritime

OUVRAGES GENERAUX

AUBERT J-L., *Introduction au droit*, 10^{ème} édition, Ed. Presses Universitaires de France, octobre 2008, 128 pages.

BEURIER J.-P. (sous la dir. de), CHAUMETTE P., HESSE P., MESNARD A.-H., NDENDE M., PROUTIERE-MAULION G., REZENTHEL R., ET TASSEL Y., *Droits maritimes*, Ed. Dalloz-Sirey, Paris 2008, 1216 pages.

BONASSIES P. ET SCAPEL C., *Droit maritime*, 2^{ème} édition, Ed. LGDJ, Paris 2010, 946 pages.

BONNECASE J., *Introduction à l'étude du droit*, 2^{ème} édition, Ed. Sirey, Paris, 1931, 398 pages.

CABRILLAC R., *Introduction générale au droit*, 2^{ème} édition, Ed. Dalloz-Sirey, Paris, 2011, 272 pages.

CACHARD O., *Droit du commerce international*, Ed. LGDJ, Paris 2008, 578 pages.

CLERGERIE J.-L., GRUBER A., RAMBAUD P., *L'Union européenne*, Ed. Dalloz, 7^e édition, coll. Précis Dalloz, Paris 2008, 879 pages.

DE CET BERTIN C., *Introduction au droit maritime*, Ed. Ellipses, Paris, 2008, 159 pages.

GHESTIN J., GOUBEAUX G. ET FABRE-MAGNAN M., *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^{ème} édition, Ed. LGDJ, Paris 1994, 891 pages.

GHESTIN J. (sous la dir. de), *Traité de droit civil, Le contrat: formation*, 2^{ème} édition, Ed. LGDJ, Paris, 1988, 1096 pages.

ISAAC G. ET BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, Ed. Sirey, 9^{ème} édition, Paris 2006, 539 pages

JACQUET J.M, DELEBECQUE P., CORNELOUP S., *Droit du commerce international*, Ed. Dalloz, 2^{ème} édition, Paris 2010, 913 pages.

LARROUMET C., *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, tome 1, Ed. Economica, Paris 1984, 369 pages.

LUCCHINI L., VOELCKEL M., *Droit de la mer- la Mer et son droit, les espaces maritimes*, Tome 1, Ed. Pedone, Paris, 1990, 640 pages.

MAINGUY D., *Introduction générale au droit*, Ed. Litec, 4^{ème} édition, Paris 2008, 177 pages.

MALAURIE PH., MORVAN P., *Droit civil, Introduction générale*, Ed. Defrénois-Lextenso, Paris, 2009, 366 pages.

RACINE J-B., SIIRIAINEN F., *Droit du commerce international*, Ed. Dalloz, Paris, 2007, 453 pages.

REMOND-GOULLLOUD M., *Droit maritime*, Ed. Pedone, Paris 1988, 450 pages.

RIPERT G., *Droit Maritime*, tome 3, *Abordage et Assistance - Avaries communes - Assurances maritimes*, 3^{ème} édition, Ed. Rousseau, Paris 1930, 959 pages.

RIPERT G., ROBLOT R., *Traité de droit commercial*, Ed. L.G.D.J., 13^{ème} éd., Paris 1989, Tome 1, 1245 pages.

RODIERE R., *Droit maritime*, Ed. Dalloz, 3^{ème} édition, Paris 1967, 520 pages.

RODIERE R., *Traité général de droit maritime. Introduction. L'armement : ses agents, ses auxiliaires, limitation de responsabilité*, Ed. Dalloz, Paris, 1976, 711 pages.

RODIERE R., *Droit maritime*, Presses Universitaire de France, Paris, 1980, 128 pages.

RODIERE R., ET DU PONTAVICE E., *Droit maritime*, Ed. Dalloz, 12^{ème} édition, Paris, 1996, 610 pages.

TERRE F., *Introduction générale au droit*, 6^{ème} édition, Ed. Dalloz, Paris, 2005, 609 pages.

VIALARD A., *Droit maritime*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris 1997, 503 pages.

OUVRAGES SPECIALISES

BECHILLON (DE) D., *Qu'est- ce qu'une règle de droit ?*, Ed. Odile Jacob, Paris 1997, 300 pages.

BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 4^{ème} édition, Ed. Dalloz, Paris 2003, 274 pages.

BLUMANN C. ET DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Ed. Litec, Coll. Manuel, Paris 2010 , 828 pages

BOUDANT J. ET GOUNELLE M., *Les grandes dates de l'Europe communautaire*, Coll. Essentiels, Ed. Larousse, Paris 1989, 223 pages.

BURNET J., *L'aurore de la philosophie grecque*, Ed. Payot, 1919, 456 pages.

CABANTOUS A., *Les citoyens du large. Les identités maritimes en France (XVII – XIX^e siècle)*, Ed. Aubier, Paris 1995, 279 pages.

CABRILLAC R., *les codifications*, Ed. Presses Universitaire de France, Paris 2002, 310 pages.

CARBASSE J.-M., *Histoire du droit*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris 2008, 128 pages.

CARBASSE J.-M., DEPAMBOUR-TARRIDE L. (sous la dir. de), *La Conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1999, 343 pages.

CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Ed. Flammarion, Paris, 2008, 276 pages.

CARBONE S.M., *Conflits de lois en droit maritime*, Ed. M. Nijhoff Publishers, Boston, 2010, 308 pages.

CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Ed. Sirey, Paris 1920, 638 pages.

CHEVALLIER J.-J., *Histoire de la pensée politique*, Ed. Payot, Paris 2006, 892 pages.

COHEN-TANUGI L., *Le droit sans l'Etat - sur la démocratie en France et en Amérique*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris 1985, 206 pages.

COMTE A., *La Science sociale*, Ed. Gallimard, Paris 1972, 308 pages.

- DELACAMPAGNE C., *Histoire de l'esclavage. De l'Antiquité à nos jours*, Ed. Librairie générale française, Paris 2002, 319 pages.
- DELMAS-MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, Ed. du Seuil, coll. Essais, Paris 1998, 200 pages.
- DWORKIN R., *Prendre les droits au sérieux*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris 1995, 515 pages.
- EUZEBY A., HECTOR G., DE LA CRUZ. B., *L'organisation internationale du travail*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris 1997, 127 pages.
- GAURIER D., *le droit maritime romain*, Ed. Presses Universitaires de Rennes, Rennes 2004, 227 pages.
- GENY F., *Science et technique en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 4 vol., tome 1, *Position actuelle du problème du **droit positif** et éléments de sa solution*, Ed. Sirey, Paris 1914, 212 pages.
- GENY F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Ed. LGDG, 2^{ème} édition, 2 vol., tome 1, Paris 1954, 422 pages.
- GEOUFFRE DE LA PRADELLE (DE) G., *Essai d'introduction au droit français, Tome I Les normes*, Ed. Erasme, Nanterre 1990, 353 pages.
- GUYON Y., *L'arbitrage*, Ed. Economica, Paris 1995, 111 pages.
- IHERING R., *Le combat pour le droit*, éd. G. J. Manz, Vienne 1875, 56 pages.
- IMBERT J., *Histoire des Institutions et des faits sociaux, tome 1, Des origines au Xe siècle*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris 1957, 449 pages.
- JESTAZ P., *Le Droit*, 4^{ème} édition, Ed. Dalloz, Paris, 2002, 139 pages.
- JESTAZ P., *Les Sources du droit*, Ed. Dalloz 2005, 157 pages.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Ed. Dalloz, Paris, 1962, 496 pages.
- LAURAND V., TERREL J., LAGREE J., ET KANY –TURPIN J., *Stoïcisme antique et droit naturel moderne*, *Revue Lumières* n° 1/2003, Ed. Presses universitaires de Bordeaux, 2003, 155 pages.
- LENOIR F., *Petit traité d'histoire des religions*, Ed. Plon, Paris 2008, 378 pages.
- LILLE F., *Pourquoi l'Erika a coulé – Les paradis de complaisance*, Ed. L'esprit frappeur, Paris 2000, 102 pages.
- MAGNETTE P., *Le régime politique de l'Union européenne*, Ed. Presses de Sciences Po, 3^{ème} édition, Paris 2009, 319 pages.
- MAGNON X., *Théorie(s) du droit*, Ed. Ellipses, Paris 2008, 167 pages.

MOREAU DEFARGES P., *La Mondialisation*, 7^{ème} édition, Ed. Presses Universitaire de France, Paris, 2008, 127 pages.

OPPETIT B., *Philosophie du droit*, Ed. Dalloz, Paris, 1999, 156 pages.

OST F., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles 2002, 596 pages.

PERONNET M., *Le XVIème siècle, 1492-1620*, Ed. Hachette, Paris 1995, 336 pages.

QUILLET P., *Religions et philosophie : anthologie de textes*, Ed. Maisonneuve et Larose, Paris 2000, 477 pages.

ROUBIER P., *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Ed. Dalloz, 2^{ème} édition, Paris 2005, 337 pages.

SAURON J.-L., *Comprendre le Traité de Lisbonne*, Ed. Gualino, Paris 2008, 351 pages.

SCHARPF F., *Gouverner l'Europe*, Ed. Presses de Sciences Po, Paris 2000, 238 pages.

SEROUSSI R., *Introduction au droit comparé*, Ed. Dunod, 3^{ème} édition, Paris 2008, 222 pages.

SEVE R., *Philosophie et théorie du droit*, Ed. Dalloz, Paris, 2007, 349 pages.

TIMBAL P.-C. ET CASTALDO A., *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Ed. Dalloz, 11ème édition, Paris 2004, 673 pages.

VIDAL D., *Droit français de l'arbitrage commercial international*, édition bilingue français/anglais, Ed. Gualino, Paris 2004, 339 pages.

VILLIERS P., DUTEIL J.-P., MUCHEMBLED R. (sous la dir. de), *L'Europe, la mer et les colonies XVIIe-XVIIIe siècle*, Ed. Hachette, Paris 1997, 255 pages.

Zylberstein J.-C. (dirigé par) *Traité de Maastricht mode d'emploi*, Coll. « Documents », Ed. Union Générale d'Ed., Coll. 10/18, Paris 1992, 628 pages.

THESES

BERNAT C., *L'exploitation commerciale des navires et les groupes de contrats ou le principe de l'effet relatif dans les contrats commerciaux internationaux*, thèse de doctorat: droit privé, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2003, 855 pages.

BODENES-CONTANTIN A., *La codification du droit international privé français*, Thèse de doctorat couronnée par le prix Maurice Travers de l'Académie des sciences morales et politiques, Ed. Defrénois, Paris 2005, 436 pages

BRANELLEC G., *La coexistence des règles applicables au contrat de transport international de marchandises par mer: contribution à l'étude de l'uniformité du droit*, Thèse de doctorat, Brest 2007, 640 pages

DE CET BERTIN C., *La réglementation communautaire des Transports maritimes – Evolution d'une approche*, Thèse de doctorat, Nantes 1995, Thèse de doctorat couronnée par le prix Georgette MARIANI de la Chancellerie des Universités, 368 pages

DEUMIER P., *Le droit spontané. Contribution à l'étude des sources du droit*, Thèse de doctorat distinguée par le Ministère de la Recherche, Ed. Economica, Paris 2002, 477 pages

LEHOT M., *Le renouvellement des sources internes du droit et le renouveau du droit de la responsabilité civile*, Thèse de doctorat, Le Mans 2001, 893 pages

RAJOT B., *Transports maritimes et concurrence communautaire – La confrontation*, Ed. Economica, Paris 2001, 310 pages.

ARTICLES

Articles de mélanges et autres travaux collectifs

AMSELEK P., Brèves réflexions sur la notion de sources du droit, *Archives de philosophie du droit*, Tome 27, 1982, pp. 251-258.

BONASSIES P., Pour une nouvelle ordonnance de la marine, in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Ed. Dalloz, Paris 1991, 424 pages, pp.23-28.

CLAUDEL E., THULLIER B. (sous la dir. de), Présentation in *Le droit mou, une concurrence faite à la loi ?*, colloque Paris X-Nanterre, travaux du CEDCACE, 2004.

CUDENNEC A., *La libre circulation des travailleurs dans le domaine des transports*, collection Travaux de la CEDECE, La documentation française, 2005, 857 pages, pp. 217-232.

DEUMIER P., La Lex mercatoria entre ordre et désordre in COURBE P., JOURDAIN P., DEMEESTER. M.-L. [et al.], *Le monde du droit –, Ecrits en l'honneur de Jacques Foyer*, Ed. Economica, 2008, 1075 pages.

GHICA-LEMARCHAND C., *Mer et responsabilité pénale*, in *Mer et responsabilité*, (sous la dir.de) Annie Cudennec et Cécile De Cet Bertin, Editions A. Pedone, Paris 2009, 220 pages, pp. 177-202.

GRIDEL J-P., Les Sources du droit privé français aujourd'hui, in CENTRE D'ETUDES DES DROITS DU MONDE ARABE, SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE, *Les sources du droit, aspects contemporains*, actes du colloque des 11 et 12 mai 2006, Beyrouth, Ed. Société de législation comparée, Paris, 2007, 314 pages, p. 39.

JACQUET J.-M., L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double), in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Ed. Litec, Paris, 2009, 740 pages, p. 331 et s.

KAUFMANN-KOHLER G., Mondialisation de la procédure arbitrale in MORAND C.-A. (sous la dir. de), *Le Droit saisi par la mondialisation*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2001, 477 pages.

KELSEN H., La théorie juridique de la convention, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, n°13, 1940, pp 33-76.

LOQUIN E., RAVILLON L. (sous la dir.), *La Mondialisation du droit*, actes du colloque de Dijon organisé par CREDIMI - UMR 5598 et l'Université de Bourgogne – CNRS, 13, 14 et 15 septembre 1999, Ed. Litec, Paris, 622 pages.

MAURY J., Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit *in Le Droit privé français au milieu du XXème, Etudes offertes à G. G. Ripert*, tome 1, LGDJ, 1950, 554 pages, pp. 28-50.

MAZEAUD D., A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'UNIDROIT et la Commission Lando, *in Mélanges Michel Cabrillac*, Ed. Litec, Paris, 1999, 860 pages, pp. 205-219.

MEKKI M., Propos introductifs sur le droit souple, *in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Le droit souple*, Journées nationales Tome XIII, actes du congrès de Boulogne-sur-Mer du 27 mars 2008, Ed. Dalloz, Paris 2009, 178 pages, p. 7.

SERIAUX A., Le juge au miroir : l'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain, *in Mélanges Christian Mouly*, Ed. Litec, Paris, 1998, 460 pages, pp. 171-181.

SCHADEE R., La mer comme mère du droit, *in Etudes offertes à René Rodière*, Ed. Dalloz, Paris 1981, 540 pages, pp. 513-517.

SNYDER F., Creusets de la communauté doctrinale de l'Union européenne : regards sur les revues françaises de droit européen, *in Picod F. (sous la dir.), Doctrine et droit dans l'Union européenne*, Actes du colloque de Paris, 16 avril 2005, organisé par le Centre de droit européen de l'Université Panthéon-Assas, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2005, 186 pages, pp 35-89.

THIBIERGE C., Source du droit, sources de droit : une cartographie *in Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz 2006, 644 pages, p. 530.

TRUDEL P., La lex electronica *in MORAND C.-A. (sous la dir. de), Le Droit saisi par la mondialisation*, Ed. Bruylant, Bruxelles 2001, 477 pages, pp. 221-268.

VULLIERME J-L., Les anastomoses du droit (spéculation sur les sources du droit), *Archives de la philosophie du droit*, Tome 27, 1982, p. 5 et s.

Zenati F., *Les notions de code et de codification (contribution à la définition du droit écrit)*, in *Mélanges Christian Mouly*, Ed. Litec, Paris 1998, p. 217-253.

Articles de revues et annuaires juridiques

ALLIOT M., Anthropologie et juristique (sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit), *Bulletin de liaison du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris (LAJP)*, n°6, 1983, pp. 83-117.

AMSELEK P., Lois juridiques et lois scientifiques, *Droits*, n°6, 1987, pp. 131-141.

AMSELEK P., Le droit, technique de direction publique des conduites humaines, *Droits*, n°10, 1989, pp. 7-10.

ARRADON F., L'arbitrage maritime : le point de vue du praticien, *DMF*, 2007.681, pp.389-397.

- AUBY J.-B., Prescription juridique et production juridique, *RDP*, mai-juin 1988, pp. 673- 686.
- BARTHELEMY J., Propos préliminaires in Nouveaux espaces contractuels, *Cahiers de droit des entreprises*, 2/1995, p. 2.
- BEURIER M., La sécurité maritime et la protection de l'environnement : évolutions et limites, *DMF*, 2004.645, p. 105 et s.
- BOISSON P., L'adoption du troisième paquet ne vient pas modifier les équilibres fondamentaux du système de sécurité maritime, *DMF* 2009.705, pp. 579-588.
- BOKALLI V.-E., Crise et avenir du connaissement, *DMF*, 1998.579, pp. 563 et s.
- BONASSIES P., Vingt ans de conventions internationales maritimes, *Annales IMTM*, 1996, p. 51 et s.
- BONASSIES P., Le droit maritime français 1950- 2000 évolution et perspectives, *revue Scapel*, n°1, janvier- février- mars 2002.
- BONASSIES P., De l'opposabilité de la clause compromissoire au principe « compétence-compétence », *DMF* 2006. 666, pp. 16-27.
- BONASSIES P., La loi maritime du doyen Rodière doit-elle être réformée ? *DMF* 2009, p.809 et s.
- BUCHMAN L., LOQUIN E., Préférez l'arbitrage ! , *Gazette du Palais*, n° 260, 16 septembre 2008, pp. 9-17.
- BUREAU D., Remarques sur la codification du droit de la consommation, *D.* 1994, p. 291 et s.
- CACHARD O., L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles, *DMF* 2007. 684, pp. 714-728.
- CASTELLANE B., Droit civil – Droit coutumier (« common law ») schéma d'un face à face, *Sociétal*, n°59, 2008, p.2.
- CEDRAS J., L'obligation de négocier, *RTD com*, n° 18, 1985, pp. 265-290.
- CHAUMETTE P., Les gens de mer en perspective, *DMF*, 2009.699, pp. 29-36.
- CHAUVEAU P., Droit maritime et droit de la mer, *ADMO*, t 5, 1980, p. 11- 15
- COLIN J., « Du conteneur à la logistique, vers la dissolution des modes de transport ? », *Culture technique*, n° 19, 1989, pp. 216-224.
- CORBIER I., Souveraineté et pavillon, *Annuaire du Droit de la Mer*, Tome X, 2005, pp. 169-191.
- CUDENNEC A., L'Union européenne, acteur maritime international : un statut à définir, *Annuaire du Droit de la Mer*, 2006, Tome XI, p. 195-217
- CUDENNEC A., La Communauté européenne est compétente pour agir au plan pénal, *DMF* 2008.690, pp. 224-233.

- CUDENNEC A., La France condamnée pour non respect du principe de libre circulation des capitaines de navires, *DMF* 2008, p.512-519.
- DELION F., LALLET A., LAMBOLEZ F., La codification, instrument de modernisation du droit des transports, *AJDA* 2011, p.830 et s.
- DEMARE-LAFONT S., L'Organisation judiciaire en Mésopotamie, *in* Les Annaires de l'Ecole pratique des hautes études, *Droit comparé dans les sociétés du Proche-Orient ancien*, Ed. EPHE IV, Paris, 2002, 71 pages, p. 20 et s.
- DEMARE-LAFONT S., Droit comparé dans les sociétés du Proche-Orient ancien, *École pratique des hautes études, Section des sciences historiques et philologiques*, Livret-Annuaire 16, 2002. p. 20-27.
- DELEBECQUE P., Le transport multimodal, *RIDC*, vol 50, n°2, 1998, pp. 527-537.
- DELBECQUE P., Consécration du principe « compétence-compétence », *DMF* 2006.670, pp. 383-388.
- DELEBECQUE P., La Convention des Nations unies sur le contrat de transport international de marchandises entièrement ou partiellement par mer et la liberté contractuelle, *ADMO* 2008, p. 485-494
- DELEBECQUE P., Les « autoroutes de la mer » : pour un régime entièrement (ou partiellement) maritime, *DMF* 2008.692, pp. 403-408.
- DELEBECQUE P., L'évolution du transport maritime, Brèves remarques, *DMF*, 2009.699, p. 16-21.
- DELEBECQUE P., Le code- à droit constant- des transports : une œuvre monumentale encore perfectible, *D.* 2010, p. 2715-2718
- DELEBECQUE P., « Je le croyais constant, il était infidèle ! » : une codification à droit « inconstant », *revue de droit des transports* n°10, octobre 2011, repère 9
- DEPETRIS F., Fritz Scharpf (2000), Gouverner l'Europe, *Politique européenne* 1/2001 n° 2, p. 119-123.
- FOUCHARD P., Droit et morale dans les relations économiques internationales, *Revue des sciences morales et politiques*, 1997, pp. 1-33.
- GAUTIER P.-Y., L'influence de la doctrine sur la jurisprudence, *BICC* n°590 du 15 janvier 2004.
- GHESTIN J., Les données positives du droit, *RTD civ.*, n° 6, 3/2002, p. 11- 13
- GOYARD-FABRE S., La fondation des lois civiles, *Laval théologique et philosophique*, vol. 49, n° 1, 1993, pp. 105-119.
- ILLESCAS R., L'Espagne ratifie les règles de Rotterdam : ce qui change au niveau du droit du transport international suite à ces règles, *DMF* 2011.728, pp. 691-701.

- JALLAMION C., Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire, *Gazette du Palais*, n°16, 16 janvier 2009, pp. 3-12.
- JEAMMAUD A., La règle de droit comme modèle, *D*, 1990, pp. 199-210.
- JOB A., *Arbitrage maritime, dérives et perspectives*, in *DMF*, 2010. 711, pp. 95-100.
- LASSERRE-KIESOW V., « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D*, n°33, 2006, pp. 2279-2287.
- LECA J., Le gouvernement en Europe, un gouvernement européen?, *Politique et management public*, vol. XV, n° 1, 1997, pp. 21-31.
- LEBEN C., Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice, *Droits*, n°11/2, 1990, pp. 35-40.
- LEBRETON G., « Y a-t-il un progrès du droit ? », *D*, 1991, p. 99 et s.
- LE MORVAN D., Vers une stratégie européenne en matière de sécurité maritime : les leçons de l'Erika, *La revue internationale et stratégique*, n°39, 2000, pp. 132-140.
- LOQUIN E., La Réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (Commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011), *RTD Com.*, 2011, p. 255.
- LOQUIN E., Les sources du droit mondialisé, *Droit et Patrimoine*, juillet 2001, p. 70.
- MAGNON X., En quoi le positivisme -normativisme- est-il diabolique ?, *RTD civ.* 2009, pp. 269-280.
- MIRIBEL S., La réforme du droit français de l'arbitrage, *DMF*, 2011.723, pp. 281-285.
- MONTAS A., Le rapport du droit maritime au droit commun, entre simple particularisme et véritable autonomie, *DMF*, 2008.307, pp. 307-315.
- MORIN M., Le droit maritime: diversité ou fragmentation?, *ADMO*, t. 15, 1997, pp. 281-292.
- NDENDE M., La mutation des entreprises du secteur des transports maritimes, *DMF*, 1992.519, p. 447 et s.
- NDENDE M., La Position du droit français au regard des conventions internationales du droit maritime privé, *DMF*, 2006.676, pp. 931-951.
- PEYLET R., Genèse du code des transports, *AJDA* 2011, p. 825 et s.
- QUERMONNE J.-L., Comment l'Europe se gouverne, *Sciences Humaines*, Hors-série n°44, 3/2004, pp. 52-56.
- ROCHE C., Prévention et lutte contre la pollution des mers par les hydrocarbures : les derniers développements communautaires, *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, n° 472, 2003, p. 606.
- TASSEL Y., Le droit maritime: un anachronisme ?, *ADMO*, t 15, 1997, pp. 143-158.

TERRE F., Pitié pour les juristes!, *RTDciv*, n°6, 2002, pp. 247-252.

TETLEY W., Le Régime juridique du transport des marchandises par eau : l'uniformisation du droit en péril, *ADMO*, t 16, 1998, pp. 95-99.

VALLAT F., Les doubles coques, une question encore d'actualité !, *La revue maritime*, n° 466, 2003, pp. 70-79.

VAN DER MENSBRUGGHE Y., La poursuite des efforts entrepris par la Communauté Européenne 2001 concernant la sécurité maritime et la protection de l'environnement marin, *Annuaire du Droit de la Mer*, Tome VI, 2001, p. 87.

VEDEL G., Indéfinissable mais présent, *Droits*, n°11/2, 1990, pp. 66-71

VERCAUTEREN P., « La crise de l'État dans l'Union européenne. Une sortie de crise par une refondation du sens ? », *A.F.R.I.* 2001, Vol. 2, pp. 293-315.

VIALARD A., « Sisyphe et l'uniformisation internationale du droit maritime », *DMF*, 1999.591, p. 213.

Articles de revues en ligne

ANGELELLI P., « Le volet maritime du Code des Transports : une nouvelle Ordonnance de la Marine », *Annexe au Document de Travail du CEREGMIA 2011-01*, Université des Antilles et de la Guyane, 2011.

Cachard O., Propos de présentation du Tableau des Conventions internationales de Droit maritime et fluvial, établi par le Doyen Cachard. Voir le site Lexmaritima.net

CHAUMETTE P., La Convention du travail maritime, OIT, 2006, *Neptunus*, revue électronique, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, Vol. 13 2007/1

CHARBONNEAU A., « Le bien-être après l'adoption de la Convention du travail maritime consolidée (O.I.T.) : quelles avancées pour quelles lacunes ? » *Neptunus* [en ligne], Vol. 12-4, 2006.

DELEBECQUE P., Le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. Sa mise en œuvre en matière maritime, *Gazette de la Chambre, Lettre d'information de la Chambre arbitrale maritime de Paris*, n° 25, Printemps 2011

HARRIS B., L'Avenir de l'arbitrage maritime, *Gazette de la Chambre, Lettre d'information de la Chambre arbitrale maritime de Paris*, n° 17, automne 2008, pp. 3-5.

ISMAR, Note de synthèse n° 120, parue en décembre 2009 sous le titre « La Crise maritime internationale ».

ODIER F., POULIZAC Y., REMOND-GOULLLOUD M., « Histoire de la marine marchande » *in Encyclopaedia Universalis*

JURISPRUDENCE

Juridictions judiciaires françaises

Cass. Com., 20 février 1844, S.1844, 1, p.97.

Cass. Req., 13 janvier 1919, S., 1920, 1, p.340.

Cass. Com., 22 décembre 1958, DMF 1959 p. 217.

Cass. Com., 8 octobre 1962, DMF 1963 p.17.

Cass. Com. du 2 décembre 1965, arrêt *Navire Commandant Dupuis*, DMF 1966.139.

Cass. Com., 27 novembre 1972, arrêt GIPSY II, Bull. civ.IV ou DMF 1975 p. 160.

Cass. Com., 20 novembre 1974, D.M.F. 75. 345.

Cass. Com., 6 décembre 1976, arrêt canot Poupin Sport, DMF 1977 p. 513, note RODIERE.

Cass. Com., 6 décembre 1976, arrêt Poupin sport, DMF 1977 p.513.

Cass. Com., du 29 novembre 1994, DMF 1995.218, note TASSEL Y.

Cass. Com du 18 janvier 1994, RTD com. 1994.233, note DERRUPPE.

Cass. Civ. 1^{ère} du 22 novembre 2005, Navire Lindos, DMF 2006.16.

Cass. Com. du 21 février 2006, Navire Pella, DMF 2006.379.

CA de Rennes, 18 fév. 1974, D.M.F. 1974.355.

CA Poitiers, 16 décembre 2003, DMF 2004.699.

C.A. de Caen, 12 septembre 1991, DMF 1993 p.50.

Conseil d'Etat français

C.E., 19 décembre 1979, arrêt Hoverlloyd, DMF 1980 p.231.

Conseil constitutionnel français

Décision du Conseil constitutionnel n°2003-473 DC du 26 juin 2003, JORF n° 152 du 3 juillet 2003 p. 11205.

Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, JORF n°287 du 10 décembre 2004 page 20876.

Cour Internationale de Justice

Arrêt de la Cour de justice internationale du 6 avril 1955, Nottebohm, *CIJ Rec.* 1955,4, p.20.

Cour de Justice des Communautés Européennes

CJCE, 5 février 1963, *Algemene Transport en Expéditie Onderneming Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, Affaire 26/62, Recueil 1963, p.3.

CJCE, 15 juillet 1964, *M. Flaminio Costa contre Enel*, Affaire 6/64, Recueil 1964, p. 1141.

CJCE 4 avril 1974, Aff. 167/73, *Commission contre République française*, Recueil, p. 359.

CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c/ société anonyme Simmenthal*, Affaire 106/77 Recueil 1978 p.629.

CJCE 30 avril 1986, Aff. Jointes 209 à 213/84, *Ministère public c/ ASJES et autres*, Recueil, p. 1425.

CJCE, 13 décembre 1989, *Corsica Ferries France c/ Direction générale des Douanes françaises*, Affaire C-49/89, Recueil 1989, p.4441.

CJCE, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz*, Affaire C-162/96, Recueil 1998 p. I-3655.

CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, Affaire j. C-6/90 et C-9/90, *Recueil de 1991 page I-05357*.

CJCE 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, Aff. C-176/03, Recueil. p. I-7879.

CJCE, 23 octobre 2007, *Commission contre Conseil*, affaire C 440/05 Recueil 2007 I p.9097.

DICTIONNAIRES JURIDIQUES

ALLAN D., RIALS S. (sous la dir. de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris 2003, 1792 pages.

CABRILLAC R., (sous la dir. de), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Ed. Litec, Paris, 2011, 417 pages.

CLEMENT E., DEMONQUE C, HANSEN- LOVE L., KAHN P., *La philosophie de A à Z*, Ed. Hatier, Paris 2009, 479 pages.

CORNU G. (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, 7^e édition, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 2005, 1024 pages.

GUILLIEN R., VINCENT J. (sous la dir. de), *Lexique des termes juridiques*, Ed. Dalloz, 14^{ème} édition, 2003, 619 pages.

LE BAYON A., *Dictionnaire de droit maritime*, Ed. Presses universitaires de Rennes, Rennes 2004, 280 pages.

RAYNAUD P, RIALS S. (sous la dir. de), *Dictionnaire de philosophie politique*, 3^{ème} édition, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 2003, 892 pages.

GUILLIEN R., VINCENT J., GUINCHARD S. (sous la dir. de), MONTAGNIER G. (sous la dir. de), *Lexique des termes juridiques*, 14^{ème} édition, Ed. Dalloz, 2003, 619 pages.

RAPPORTS

LENGAGNE G., QUENTIN D (réd.), *De l'Erika au Prestige : la politique européenne de la sécurité maritime contrariée : Rapport d'information déposé par la délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union Européenne sur la sécurité maritime en Europe*, Assemblée Nationale, Paris, 2003, 194 pages.

COMMISSION DES AFFAIRES ETRANGERES, *Traités et conventions - Responsabilité en matière de créances maritimes, Rapport relatif au projet de loi n° 294 (2005-2006) pour l'adhésion de la France – au bout de dix ans, donc - au protocole de 1996 modifiant la convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes*, Abdré Boyer (réd.), Paris, 14 juin 2006.

DELEGATION DE L'ASSEMBLEE NATIONALE POUR L'UNION EUROPEENNE, *Rapport d'information n°3594 sur le troisième paquet de sécurité maritime*, Guy Lengagne (réd.) et Didier Quentin (réd.), Paris, 17 janvier 2007, 119 pages.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	11
INTRODUCTION.....	13
I. La notion même de droit	16
A. Des approches intuitives du droit.....	16
1. L'intuitive perception du droit, lien du droit et de la justice.....	17
2. L'intuitive perception du droit, lien du droit et de la morale.....	19
3. L'intuitive perception du droit, lien du droit et de l'autorité.....	21
4. L'intuitive perception d'un droit naturel.....	24
a. L'option naturaliste	24
b. L'option positiviste	29
B. L'irréductible diversité des droits du monde.....	40
1. Un droit très différent : le Common law	40
2. Des droits très éloignés : religieux et coutumiers	42
3. Le droit face au sens de l'honneur	45
C. Mieux définir le champ du droit pour mieux situer ses sources.....	47
1. La complexité d'ensemble du droit.....	47
a. Un travail malaisé de définition	47
b. Des cloisons mal étanches entre les grands domaines du droit.....	49
c. Entre deux grandes voies de définitions, sans doute imparfaites.....	55
2. Un réexamen devenu nécessaire.....	58
a. Des assouplissements de la notion de droit.....	58
b. Les valeurs, une source indirecte du droit ?.....	63
II. La notion de sources du droit : querelle sur le sens d'un mot.....	66
A. Le mot source et ses usages en droit	67
1. Un exposé global et critique à compte d'un auteur.....	68
2. Points de rencontre et de vérification.....	70
3. Diversité, source de divergences.....	72
B. Petit essai de clarification.....	73
1. Le mot « source », un petit détour linguistique.....	74
2. Sens originel du mot « source » en droit : confirmation par l'observation des faits.....	78
3. Sources formelles et sources matérielles : un partage, sans limpidité, des sources.....	83
a. Les sources formelles.....	84
b. Les sources matérielles.....	86
4. Un dernier essai de clarification : les sources du droit subjectif.....	92
PREMIERE PARTIE : LE DROIT MARITIME, UN DROIT PARTICULIER DE SOURCES LOINTAINES.....	97
<i>Titre 1 : La prépondérance des sources internationales du droit maritime</i>	<i>99</i>
Chapitre 1 : Les fondements factuels de la prépondérance : la réalité de toujours	101
Section1 : Une vocation internationale inscrite dans l'objet particulier du droit maritime.....	101
I. La mer espace international.....	102

A.	Le caractère international de l'espace maritime une donnée de géographie physique, humaine et politique.....	102
B.	Le caractère international de l'espace maritime est, de plus en plus, une donnée de géographie économique.	103
II.	La mer champ du droit maritime.....	105
A.	Le droit maritime, un droit bâti sur un principe de liberté de la mer.	105
B.	Les spécificités du droit maritime dictées par les particularités de l'aventure en mer.....	107
	Section 2 : Une vocation internationale inhérente à l'histoire du droit maritime. .	120
I.	L'essor de la navigation, vecteur de l'internationalité du droit maritime. .	120
II.	La vocation internationale du droit maritime manifeste dès ses origines ..	125
A.	Histoire des sources du droit maritime.....	126
B.	Un éclairage de terrain de la notion de source.	128
	Chapitre 2 : L'internationalité des sources du droit maritime : la réalité d'aujourd'hui	133
	Section 1 : Le bouleversement mondial un défi pour le droit maritime.....	133
I.	Les catastrophes maritimes majeures : un problème international.	133
A.	Des catastrophes à plusieurs origines.....	133
B.	La prévisibilité de ces catastrophes maritimes.....	134
II.	Le caractère international des crises économiques	134
A.	La situation de crise des années soixante-dix.....	135
B.	L'actuel retour d'une situation de crise.....	139
	Section 2 : L'action du droit dans les nouvelles données internationales.....	141
I.	Les moyens du droit.	141
A.	Les moyens de production de normes.....	141
B.	Les moyens de la mise en œuvre et les instances du jugement maritime.	144
II.	Les grandes lignes de l'action du droit.....	147
A.	L'action du droit prend la forme d'un pilotage plus rigoureux de l'action commerciale en mer	148
B.	Des impératifs de vigilance et de protection générale.....	153
III.	Les problèmes et difficultés du droit maritime.	157
A.	L'amoindrissement de la spécificité du droit maritime.....	157
B.	Les difficultés de relais du droit maritime sur le terrain.	159
C.	La problématique de l'internationalité du droit maritime	160
	<i>Titre 2 : L'Européanisation les sources du droit maritime.....</i>	<i>163</i>
	Chapitre 1 : Au départ, une Communauté timide à l'endroit du droit maritime	165
	Section 1 : La genèse de l'Europe, un processus de complexité.....	165
I.	La complexité du processus de construction.....	165
A.	Les étapes de l'Europe communautaire	166
B.	L'Europe plurielle	167
II.	La complexité des institutions.....	168
A.	Les institutions maîtresses de la procédure législative.....	169
1.	Le Parlement européen.....	169
2.	Le Conseil de l'Union Européenne	170
3.	La Commission Européenne.	171
B.	Le juge communautaire.....	174
III.	La complexité de l'attribution de compétence initiale pour la navigation maritime	175
A.	Les termes de l'attribution.....	175

B.	Les à-côtés de cette attribution de compétence.....	176
Section 2 :	La naissance retardée du projet maritime.....	177
I.	Le droit maritime européen contre des droits nationaux.....	177
A.	L'affaire dite « des marins français »,.....	177
B.	L'affaire Asjes.....	179
II.	Le droit maritime européen contre les pratiques externes.....	180
A.	La concurrence des pays de l'est.....	181
B.	La gestion européenne du code de conduite des conférences maritimes.	182
Chapitre 2 :	La mise en œuvre d'une politique maritime.....	185
Section 1 :	Des sources sur un terrain nouveau.....	185
I.	Les sources majeures.....	186
A.	La loi <i>lato sensu</i>	186
B.	La jurisprudence.....	188
II.	Des sources plus discrètes.....	193
A.	Le droit souple.....	193
B.	La coutume	197
III.	La puissance des sources communautaires du droit maritime	198
A.	Les principes fondamentaux dégagés par la Cour de Justice.....	198
1.	Le principe de l'effet direct.....	198
2.	La primauté du droit communautaire	200
B.	Les règles gouvernant l'exercice des compétences de l'Union européenne	201
1.	Le principe d'attribution.....	202
2.	Le principe de proportionnalité.....	203
3.	Le principe de subsidiarité.....	203
Section 2 :	Les grandes lignes de l'action communautaire initiale	204
I.	Le règlement sur la libre prestation des services.....	206
II.	La réglementation de la concurrence : les <i>conférences maritimes</i>	209
III.	Des mesures à vocation plus protectionniste.....	215

SECONDE PARTIE : LES SOURCES TROUBLEES DU DROIT MARITIME..... 221

<i>Titre 1 : Le diagnostic clinique</i>	223	
Chapitre 1 : La forte rivalité des sources.....	225	
Section 1- La Loi, source concurrencée par les pratiques normatives des acteurs du droit maritime.....	225	
I.	Les défis, posés par l'accélération du monde, à l'initiative publique.	226
A.	La naissance de la conteneurisation	227
1.	La vitesse.....	228
2.	Les quantités et les volumes.....	229
B.	L'avènement du transport multimodal.....	231
1.	Le principe.....	231
2.	Multimodalité : quelques points de vocabulaire.....	232
II.	Les titres de transport, expression d'une concurrence entre l'initiative publique et les acteurs privés.	235
A.	La diversité des titres de transport et de leurs références.....	235
1.	Cas d'un transport assuré par voie terrestre.....	236
2.	Cas d'un transport assuré par voie aérienne.....	236
3.	Cas d'un transport par mer.....	237

B.	Un court historique des titres de transport maritime.....	239
1.	La situation antérieure au connaissance.....	239
2.	La consécration en droit du connaissance maritime.....	240
3.	La dématérialisation des titres de transport : un autre défi pour la Loi.....	245
Section 2-	La jurisprudence, une source de plus en plus concurrencée par l'arbitrage.....	251
I.	L'arbitrage et la justice publique : à la fois concurrents et collaborateurs.....	252
A.	L'arbitrage, une réalité fort ancienne aux caractéristiques bien établies.	252
1.	Un travail d'approche et de définitions.....	252
a.	Un mode alternatif de résolution des conflits.....	252
b.	L'arbitrage, un instrument de justice privée.....	253
c.	L'arbitrage, une démarche volontaire, engageant des choix.	255
2.	Un rapide historique : existence de l'arbitrage au fil du temps.....	261
a.	L'arbitrage attesté dans les civilisations antiques.	261
b.	L'arbitrage en France au gré des siècles	263
B.	L'évolution récente de l'arbitrage.....	264
1.	Les raisons planétaires d'un succès.....	264
a.	Les difficultés suscitées par un jugement devant le tribunal public.....	265
b.	Les séductions de l'arbitrage.....	268
c.	La procédure arbitrale en voie de mondialisation.	272
2.	La mise à jour du droit français : le décret du 13 janvier 2011.....	273
a.	Les objectifs affichés.....	273
b.	Les grandes orientations du texte.....	275
II.	Les expressions publique et privée du droit face à de comparables défis.....	279
A.	La Lex mercatoria ou le défi aux droits d'Etats.....	279
1.	La Lex mercatoria forme insolite du droit.....	279
a.	Une légitimité historique.....	281
b.	Une légitimité de fait.....	283
c.	Une légitimité juridique.....	286
2.	Ce qu'illustre la Lex mercatoria.....	291
a.	Des raisons d'inquiétude.....	291
b.	Des raisons d'optimisme.....	294
B.	Des inquiétudes pour l'arbitrage	296
1.	L'éloignement des hommes.....	297
a.	Le manque de temps.....	297
b.	La raréfaction des praticiens.....	298
c.	La raréfaction des plaideurs.....	299
2.	La perte d'un esprit.....	300
a.	La monétarisation du temps.....	300
b.	La judiciarisation de l'arbitrage.....	301
Chapitre 2 :	Du désordre des sources aux situations de conflit.....	303
Section 1.	La constitution d'un désordre.....	303
I.	Le désordre au plan national français.....	304
A.	Le bel ordre perdu de l'Ordonnance de la Marine.....	304
B.	Les lois Rodière, un estimable expédient.....	305
C.	Le volet maritime du Code des Transports.....	306
II.	Le désordre international.....	306
A.	L'antagonisme historique des intérêts d'Etats.....	307
B.	La multiplicité des conventions internationales.....	308

III. Droit maritime international et droit interne des Etats.....	313
A. La volonté de tenir le texte international à l'écart.....	314
B. Les retouches au moment de l'intégration du texte international en droit interne.....	317
Section 2. Les conflits de conventions internationales.	322
I. Un terrain de diversités favorable aux conflits.....	322
A. L'absence d'autorités de régulation.	323
B. La diversité des pôles moteurs	323
C. Les particularités de la « loi » internationale.	326
II. Les conflits de diversité nés d'un désir de mise à jour.....	327
A. Les diversités nées de la spécialisation.	327
B. Les conflits de générations.....	331
III. Les conflits de diversité nés d'une rivalité.....	337
A. Les antagonismes entre conventions internationales.	337
B. Des conceptions dissemblables de l'équilibre.....	341
<i>Titre 2 : Vers une démarche thérapeutique.....</i>	<i>345</i>
Chapitre 1 : Au plan supranational, l'Europe : une thérapie de choc unilatérale et risquée.	347
Section1. L'unilatéralisme ou régionalisation par création de normes.	348
I. La création de normes dans l'urgence.....	349
A. Erika I : la mise en train d'une politique audacieuse	349
1. La proposition à l'origine du paquet Erika I	350
a. Le contrôle de l'état général des navires.....	350
b. L'encadrement plus étroit des sociétés de classification.....	351
c. L'élimination de certains des pétroliers.....	352
2. Les propositions à l'origine du paquet Erika II : des mesures d'ajustement.	353
a. Des moyens de prévention.	354
b. Des moyens de surveillance.	354
c. Des moyens de réparation.....	355
B. La lutte pour la consolidation.....	356
1. Les mesures intermédiaires.	356
2. Les propositions à l'origine du paquet Erika III.....	361
a. Le souci d'une vigilance renforcée.	363
a-1- Le renforcement des contrôles.....	363
a-2- Les contrôles également effectués sur les navires européens	364
a-3- La réorganisation des organismes de contrôle.....	364
a-4- Un retour sur les moyens de surveillance.	365
a-5- L'enquête après le sinistre.	366
b. Le durcissement des contraintes.....	367
b-1- Les obligations des propriétaires de navires au plan de la responsabilité civile.....	367
b-2- La protection des passagers.	371
II. Les réactions d'opposition.	371
A. Le reproche du coup de force risqué.	372
B. Un insuffisant engagement ménageant certains intérêts : les pavillons de complaisance.	377
Section2. L'Europe ou la volonté proclamée de collaborer.	379
I. Des thérapies virtuellement concurrentes : les Règles de Rotterdam et les projets de l'Europe.	380

A.	Les Règles de Rotterdam, une crédible thérapie.	380
1.	Les ambitions des Règles de Rotterdam.	380
2.	Les avantages présentés par les Règles de Rotterdam.	381
a.	Une réponse internationale à l'éparpillement normatif.	381
b.	L'accueil d'une dimension multimodale.	382
c.	La consécration de la liberté contractuelle	383
d.	Les Règles de Rotterdam : la force de la jeunesse.	385
3.	Les Règles de Rotterdam : des réactions d'insatisfaction.	385
a.	L'hostilité manifestée par des intérêts sectoriels.	386
b.	Des obscurités dans le texte.	387
c.	La question du document de transport.	387
B.	Le projet concurrent de l'Europe.	389
1.	Le diagnostic.	389
2.	Le traitement clinique : un lot de deux remèdes associés.	390
a.	Un espace maritime européen sans frontières	390
b.	Mettre en place un système de transport multimodal.	391
3.	Les incertitudes du traitement.	392
a.	Les difficultés de mise en œuvre de la thérapie européenne.	392
b.	Les risques de la thérapie européenne.	394
II.	L'Europe et les gens de mer : épauler l'OIT	397
A.	La régulation du travail maritime.	397
1.	La tâche du marin.	397
2.	Le rôle de l'OIT.	399
B.	La Convention du travail maritime du 23 février 2006.	401
1.	La genèse de la convention de travail maritime du 23 février 2006	401
2.	Le soutien de l'UE.	402
a.	Un soutien sans faille, étape par étape.	402
b.	Des inquiétudes conservées quant à la ratification.	403
3.	La volonté de pérenniser l'esprit de dialogue et de collaboration.	404
Chapitre 2 :	Un traitement thérapeutique au niveau national.	407
Section 1 :	la codification du droit des transports, une thérapie qui s'impose.	407
I.	Code et codification sur les chemins de l'Histoire.	408
A.	La genèse du concept de code et son histoire en droit français.	409
1.	Dans l'antiquité romaine	409
2.	Au Moyen-Âge.	411
3.	A l'époque moderne	411
4.	A l'époque contemporaine	411
a.	Sous la révolution.	411
b.	Sous l'empire.	412
c.	La conception la plus récente : le code en tant que fondement du droit.	412
.....	412
B.	Les conceptions de code et de codification en droit interne français actuel.	413
1.	Définitions actuelles des mots code et codification.	414
a.	Le concept de code	414
b.	Le concept de codification	414
2.	L'intérêt de la codification	415
a.	L'inflation normative	415
b.	La codification et la mutation des sources.	417
3.	Les méthodes de codification.	420

a.	La codification à droit constant	420
b.	La codification à droit non constant	424
II.	Les enjeux de la codification du droit des transports	425
A.	L'espoir déçu d'un code maritime français	426
1.	L'insertion de la matière maritime dans le code de commerce	426
2.	Le projet non abouti d'un code maritime	426
B.	L'unification des règles des différents transports, une ambition réaffirmée par le législateur	428
1.	La lente gestation du code des transports	429
a.	Le lointain antécédent : la loi d'orientation des transports intérieurs.	429
b.	Une période intermédiaire d'attente et de réflexion	430
c.	La publication de l'ordonnance	431
d.	De nécessaires ajustements	432
2.	Le code des transports : une double marque de fabrique	433
a.	Un matériau de départ très hétérogène	433
b.	Le choix du multimodal	434
	Section 2 : la codification du droit des transports maritimes, une thérapie en demi-teinte	435
I.	L'apport du code des transports au droit français des transports maritimes.	435
A.	Un apport du code sous forme d'un travail de définitions	435
1.	Un travail de définition à droit constant	435
2.	Une définition attendue, la définition du navire	438
a.	La longue absence de la définition de la notion de navires en droit français	438
b.	L'apport du code des transports quant à la définition du navire	443
3.	Des définitions absentes	445
B.	Les autres apports du code	446
1.	Les nouvelles dispositions intégrées dans le livre IV de la cinquième partie du code des transports	446
2.	Les dispositions légales écartées par le code des transports	448
II.	L'intégration du droit de l'Union européenne et de la Convention internationale sur l'assistance dans la partie maritime du code des transports ..	450
A.	L'intégration des dispositions nouvelles en matière de sécurité maritime de l'Union européenne dans le code des transports	451
B.	L'intégration des dispositions de la Convention de 1989 dans le code des transports	453

CONCLUSION	457
-------------------------	------------

BIBLIOGRAPHIE	469
----------------------------	------------

TABLE DES MATIERES	491
---------------------------------	------------

Le droit maritime et l'épreuve de ses sources

Résumé : L'énoncé du sujet fixe le champ de la réflexion mais envisage aussi les principaux défis que cette réflexion devra prendre en compte.

Le droit maritime : un champ fort étendu que l'orthodoxie universitaire (en dépit des entremêlements qu'impose assez souvent la pratique sur le terrain) distingue au sein des « *questions juridiques portant sur l'univers océanique*¹ », en le situant, dans la sphère du droit privé, comme étant « *l'ensemble des règles juridiques spécifiques directement applicables aux activités que la mer détermine*² ». Ce problème du champ reste au demeurant complexe.

L'épreuve des sources. Les sources du droit maritime ont certes des particularités qui devront apparaître au fil de la réflexion mais c'est l'ensemble des *sources* du *droit* qui sont « mises à l'épreuve », aujourd'hui, par les profondes mutations du monde. D'où l'intérêt d'un préambule introductif pour établir des repères. Qu'est-ce que le droit? Une notion toute intuitive et spontanée mais qui pourtant divise les doctes. Une réalité diverse à l'échelle du monde et défiant le travail exhaustif de la définition, très cloisonnée mais par des cloisons mal étanches. Que sont les sources du droit ? La *fons juris* de Cicéron c'est une fontaine de droit, la réserve de droit formé (loi, coutume...) ; le dépôt disponible, un « *mode d'expression* » du droit. Ce n'est pas une *origine* du droit ni quelque force antérieure au droit formé : ce que l'évolution du mot *source* en langage usuel conduirait à suggérer par erreur.

Une liste est alors adoptée dans un ordre que nuancera peu à peu la rencontre avec le droit maritime.

Situées dans cette optique, les sources du droit maritime ont pour ancienne originalité d'être des sources lointaines, appartenant à l'internationalité de la mer. Le précédent schéma des sources en est pourtant conforté même si des interférences apparaissent entre les sources que l'on distingue, même si l'internationalité spontanée des origines a du mal à trouver son chemin dans l'affairisme mondialisé d'aujourd'hui.

L'Européanisation des sources (et l'Union européenne n'étant donc pas une source du droit mais se donnant autorité sur les sources) est un élément décisif. Si la Communauté européenne fut au début timide à l'endroit du droit maritime, on en est aujourd'hui loin : l'Union européenne défiant parfois sur ce terrain-là les organismes spécialisés des Nations Unies. Sur le plan des sources, l'Union européenne officialise le « droit souple » et bouleverse les hiérarchies : la simple jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne ayant préséance sur les lois nationales. De quoi retoucher, déjà, l'originel schéma des sources.

S'impose un large diagnostic, au terme des bouleversements du monde et du rôle de l'Union européenne: les sources du droit maritime sont troublées. Troublées par de fortes rivalités. La loi, du fait de ses insuffisances à l'échelle internationale, est confrontée aux pratiques normatives de plus en plus nombreuses des acteurs privés du droit maritime. A côté de la jurisprudence publique une jurisprudence arbitrale apparaît, qui se développe en tant que source du droit.

Puis à côté de ce que l'on regardera comme un simple désordre des sources, apparaissent, au sein même de la source légale, des conflits entre conventions internationales.

Face à ce diagnostic, les efforts thérapeutiques de la communauté maritime sont nombreux: la démarche thérapeutique s'effectuant au plan national autant que supranational.

Mais en définitive le droit maritime affecté par l'épreuve de ses sources ne retrouvera sa stabilité et son harmonie qu'au prix d'un effort collectif visant à lui conserver son internationalité, son identité.

La conclusion de la réflexion se propose, entre autres, de répartir les sources rencontrées dans les catégories d'un vocabulaire actuel, appelant aussi – mais il ne s'agit évidemment pas d'une autre « source » - un rapprochement entre la morale et le droit.

Mots clés : sources du droit – droit maritime – conflit des sources.

¹ Beurier J.-P., Chaumette P., Hesse P., Mesnard A.-H., Ndende M., Proutière-Maulion G., Rezenthel R., et Tassel Y., *Droits maritimes*, sous la dir. de Beurier J.P., Ed. Dalloz-Sirey, Paris 2008

² Bonassies P., Scapel Ch. *Droit maritime*, Ed. LGDJ, Paris 2010, 2^e édition, p.1