



La clause Himalaya : fondement et application

François-Xavier Pierronnet

► To cite this version:

François-Xavier Pierronnet. La clause Himalaya : fondement et application. Neptunus, 1997, 3 (1), pp.12. hal-03849708

HAL Id: hal-03849708

<https://nantes-universite.hal.science/hal-03849708>

Submitted on 12 Nov 2022

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

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

LA CLAUSE HIMALAYA : FONDEMENT ET APPLICATION

Par François-Xavier PIERRONNET.

Plus que les autres ensembles de normes (droit commercial, droit du travail...) les règles du droit maritime sont marquées par une spécificité, par un particularisme accentué. Certains aspects du particularisme du droit maritime s'expliquent par la nature des choses, c'est ainsi que le rôle traditionnellement dévolu au capitaine, rôle d'ailleurs en voie d'affaiblissement, s'explique par le fait que, au moins à l'époque où les règles du droit maritime se sont constituées, tout lien était rompu entre l'armateur et le capitaine dès le départ du navire. Pareillement, l'importance donnée au navire en tant qu'élément de crédit s'explique par le fait que, souvent, le navire est le seul élément du patrimoine de l'armateur dont les créanciers peuvent vérifier la valeur et sur lequel ils peuvent légitimement espérer exercer un droit de gage. Mais la raison fondamentale du particularisme du droit maritime est certainement la considération des risques spécifiques des activités maritimes, les risques de mer .

En effet la mer n'est pas le milieu humain naturel. Sans être absolument hostile à l'homme, elle ne lui est pas particulièrement accueillante, même encore aujourd'hui toute activité maritime est dangereuse. Sans doute cette notion de risques de la mer ne s'impose-t-elle pas aujourd'hui avec la même force que jadis, mais le droit maritime contemporain applique toujours des institutions qu'elle a façonnées tels que le système des assurances maritimes, la copropriété de navires pour diviser les risques, le prêt à la grosse ou encore les avaries communes.

Toutefois l'exemple le plus remarquable est sans doute celui de la limitation de responsabilité dont, de tout temps, a bénéficié et bénéficie aujourd'hui encore l'entrepreneur maritime, l'armateur.

En droit commun, tout entrepreneur, s'il peut parfois partager sa responsabilité par le biais de clauses contractuelles, est en tout cas totalement responsable à l'égard des tiers du dommage causé par son activité, dès lors que peut-être relevé quelque élément de source de responsabilité, faute personnelle, faute d'un préposé, fait d'une chose sous la garde de l'entreprise

A l'opposé l'armateur dont le navire a causé un dommage à la suite de la faute du capitaine ou d'un marin a toujours pu limiter sa responsabilité à l'égard des tiers . Cette limitation subsiste aujourd'hui sous une forme plus nuancée, celle d'une limitation en valeur par la constitution d'un fonds proportionnel au tonnage du navire fonds attribué aux victimes (cf convention de 1976).

Par ailleurs il existe un autre mécanisme de responsabilité applicable au monde maritime. Cette fois-ci il ne s'agit plus de limiter sa responsabilité à l'égard des tiers à qui l'on causera un dommage mais à l'égard du Cocontractant du transporteur dans le cadre d'un contrat de transport maritime.

En vertu des règles de La Haye et La Haye / Visby (1924/1968) (soit intégrées dans les ordres juridiques nationaux, soit appliquées dans le connaissement au travers d'une clause dite "Paramount") le transporteur est tenu de procéder d'une façon appropriée et soigneuse au chargement, à la manutention, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement des marchandises. Il sera tenu responsable des pertes et dommages causés aux marchandises durant cette période à moins d'invoquer un des cas d'exonération de responsabilité prévu par l'article IV des règles. Par ailleurs, dans le cas où le transporteur serait tenu pour responsable de dommages causés à la marchandise transportée, il est prévu une limitation de responsabilité fixée par colis ou par poids (le chiffre étant défini en Droits de Tirages Spéciaux).

Toutefois pour effectuer les opérations de changement auxquelles il faut ajouter l'arrimage et le déchargement, le transporteur fait généralement appel aux services d'une entreprise de manutention. L'entreprise de manutention (E.M.) est une entreprise spécialisée qui s'occupe de déplacer manuellement ou par des moyens mécaniques les marchandises afin de les charger ou de décharger d'un navire. Pour ce faire elle utilise ses propres appareils de levage ou encore ceux du navire. Elle est constituée en entreprise indépendante qui offre ses services aux transporteurs maritimes ou bien elle fait partie de l'entreprise de transport maritime elle-même dont elle n'est

qu'une constituante. C'est un auxiliaire terrestre dont les services sont essentiels et sans lesquels un transport maritime ne pourrait s'accomplir.

De plus c'est bien souvent l'E.M. qui se chargera de la garde des marchandises avant leur embarquement ou après le déchargement et en attendant leur livraison sur le plan juridique, la responsabilité du manutentionnaire et sa capacité de participer au régime du transporteur maritime est délicate. L'analyse de cette question est complexe parce qu'elle soulève autant le statut de l'E.M. et la détermination de la phrase du transport durant laquelle ses services furent exécutés que la nature de ses relations avec le transporteur et les tiers ou des actes qu'elle a posés.

Normalement sa responsabilité devrait être régie par le droit commun mais parce qu'il accepte des tâches qui incombent en vertu de la loi au transporteur (loi impérative en la matière), il peut aussi prétendre participer au régime de responsabilité de ce dernier.

Posons le cas où l'E.M. procède au déchargement des marchandises en vertu d'un contrat conclu avec le transporteur et où, procédant à leur garde toujours en vertu du contrat, les marchandises sont volées ou détériorées.

La question ici n'est pas de savoir si le demandeur (chargeur) a le droit de poursuivre l'E.M. pour négligence, le demandeur étant généralement le propriétaire de la marchandise n'ayant donc en conséquence aucun problème sur ce plan, mais la question est plutôt de savoir si le défendeur, E.M., peut se prévaloir des termes provenant des règles de La Haye, contenues dans le connaissement (Exclusion, limitation de responsabilité, prescription d'action et son délai...) auquel il n'est pas partie.

Précisons à ce niveau de l'étude que le protocole additionnel de Visby de 1968, s'il étend expressément les règles de La Haye aux "employés" et "agents" du transporteur, exclut de cette extension "les entrepreneurs indépendants". En conséquence, le protocole de Visby ne semble pas s'appliquer aux "Stevedores-E.M." qui sont généralement des "entrepreneurs indépendants".

Pour palier cette interrogation les acteurs du transport maritime ont eu recours à un procédé : la Clause Himalaya . Pour une telle clause les transporteurs incluent au connaissement une disposition contractuelle par laquelle ils entendent faire bénéficier l'E.M. des clauses d'exonération contenues dans le connaissement.

Se pose toutefois la question de sa validité juridique.

La problématique et compliquée réponse juridique à la Clause Himalaya met en vedette la nécessaire tension entre d'un côté la nécessité commerciale bien perçue de procurer une protection aux tiers et d'un autre côté la classique application de la doctrine de "privity of contract" en common Law ou de l'effet relatif des conventions en droit civil.

La pierre d'achoppement qui a fait obstacle au développement de la Clause Himalaya semble en effet avoir été la difficulté que les juristes éprouvent à accepter que le principe général qu'un manutentionnaire non partie au contrat constate par le connaissement puisse profiter des clauses de non responsabilité qu'il édicte.

Plus généralement la question posée par la Clause Himalaya est la suivante : Une personne peut-elle bénéficier des termes d'un contrat auquel elle n'a pas adhéré ?

Étudier la Clause Himalaya, c'est voir dans un premier temps quels sont les fondements de cette clause (1ère Partie) avant d'envisager dans un second son application dans les divers systèmes de droit des Nations maritimes (2ème Partie)

I FONDEMENTS DE LA CLAUSE HIMALAYA

La jurisprudence "Adler v. Dickson" (1954) a marqué les débuts possibles de la clause qui porte le nom du navire impliqué dans la décision (A) tandis que les systèmes de Common Law et de droit civil sont à la recherche des fondements juridiques de l'actuelle clause Himalaya (B).

A) LA DÉCOUVERTE D'UN FONDEMENT HISTORIQUE À LA CLAUSE HIMALAYA : LA DECISION "ADLER V. DICKSON"(1954) NAVIRE "THE HIMALAYA"

1. les faits de l'espace et la procédure

En juin 1952, Mrs Adler, une veuve décide de faire une croisière à bord du vapeur "The Himalaya". Elle prend son billet par l'intermédiaire de l'agence de voyage "Thomas Cook and Son". Elle voyage en première classe et paie 188 pour le voyage. En échange la compagnie (transporteur) lui délivre un billet de passager 1er classe en vertu duquel elle rejoindra le navire à Southampton d'où elle s'embarquera pour la croisière. Le 16 juillet 1952, le navire atteint le port de Trieste et Mrs Adler débarqua. Une passerelle fut placée à cet effet horizontalement entre le navire et un portique roulant sur le quai. Quand elle retourna à bord, elle emprunta à nouveau la passerelle et alors qu'elle avait effectué la moitié du chemin environ, la passerelle s'est détachée de son portique mobile se trouvant à quai et s'est rabattue le long de la paroi du navire. Mrs Adler fut projetée en contrebas sur le quai, d'une hauteur de 16 pieds. Elle souffrit de sérieuses blessures dont une jambe, le bassin ainsi que quelques côtes cassées.

Elle réclama des dommages-intérêts à l'encontre du capitaine et du maître de l'équipage alléguant leur négligence réalisée dans le fait qu'ils ne se sont pas assurés de la sécurité de la passerelle. Ces derniers ont nié ce fait et expliquent que la passerelle avait été correctement placée et sécurisée et que la cause de l'accident résultait d'une exceptionnelle et violente rafale de vent, laquelle déplaça le navire de quelques pieds du quai, emportant avec lui la passerelle. Le capitaine et le maître de l'équipage firent valoir qu'en tout état de cause, la question de savoir s'ils avaient été négligents ou pas présentait peu d'importance puisque dans tous les cas, y compris celui où l'on reconnaîtrait cette négligence, ils seraient protégés par une clause d'exception contenue dans le billet de transport laquelle énonce que "les passagers et leurs bagages sont transportés au risque entier des passagers" la clause d'exception précisait en outre les conditions suivantes : "Passengers... are carried at passenger's entire risk and the company will not be responsible for and shall be exempt from any liability in respect of any ... injury whatsoever of or to the person of any passenger... whether the same shall arise from or be occasioned by the negligence of the company's servants...in the discharge of their duty, or whether by the negligence of other persons directly or indirectly in the employment or service of the company... under any circumstances whatsoever";

Mrs Adler admit que si elle poursuivait la Compagnie en justice, la clause d'exemption aurait pour effet immédiat et automatique de la protéger (une telle clause étant tout à fait valable et résultant même de la Convention Internationale de la Haye de 1924). Toutefois elle alléguait, que la clause ne protégeait pas le Capitaine et le Maître d'équipage. C'est la raison pour laquelle elle intenta une action contre ces derniers et non pas contre la compagnie.

2. La problématique de la décision

La question posée à l'English Court Of Appeal était la suivante : le Capitaine et le maître de l'équipage, non parties, au contrat de transport, peuvent-ils, invoquer le bénéfice de la clause d'exemption sur le billet de transport remis par la Compagnie à Mrs Adler ?

Plus largement il revenait à la Cour d'Appel d'Angleterre de se demander si une personne peut bénéficier des termes d'un contrat auquel elle n'a pas adhéré?

Peut-on remettre en cause le sacro-Saint principe en Common Law de "Privity of Contract" ou l'effet relatif des contrats ?

3. Solution de la décision.

A cette question l'English Court of Appeal, le 29 octobre 1954 répondit de la manière suivante, "Jugé par la Cour d'Appel que dans la cadre d'un Transport de passagers comme dans celui des marchandises, la loi autorise un transporteur , à stipuler une exemption de responsabilité non seulement pour son propre compte mais également pour ceux qu'il a engagé pour exécuter le Contrat. Cette stipulation peut-être expresse comme tacite".

Toutefois en l'espèce les propriétaires de navire ont simplement exprimé la volonté d'une exonération de responsabilité pour leur simple compte et non pas pour leurs employés ou agents. Ainsi la Cour décida que l'exonération de responsabilité contenue dans le billet du passager ne bénéficie ni explicitement ni implicitement aux agents et employés du transporteur. En conséquence Dickson (le capitaine) fut tenu pour responsable par négligence. La jurisprudence "Adler V. Dickson" constitue un précédent. En effet une analyse "a Contrario" de cette décision permet de conclure à l'ébranlement du principe de "Privity of Contrat" en Common Law: un tiers au Contrat peut donc bénéficier des termes d'un contrat auquel il n'a pas adhéré. On déduit en effet de la solution de l'English Court of Appeal que l'exonération de responsabilité du transporteur incluse dans le Cadre de transport peut s'étendre du fait d'une clause insérée au contrat à ses agents ou préposés, à la seule condition que cette disposition ressorte clairement de la clause (expressément ou implicitement).

Une Clause Himalaya moderne autorisant un tiers à profiter de la limitation de responsabilité du transporteur et du délai d'action d'un an procuré par la Convention de 1924 (C.O.G.S.A.) pourrait être rédigée ainsi :

"Aucun préposé au représentant du transporteur (étant inclu tout contractant indépendant employé occasionnellement par le transporteur) ne sera en aucun cas tenu pour responsable vis-à-vis du chargeur, consignataire des marchandises ou encore détenteur du Connaissance pour toute perte, avarie ou retard de quelque nature que ce soit, provoqué ou résultant directement ou indirectement de tout acte de négligence ou omission de son fait pendant les opérations accomplies par lui ou à l'occasion de celles-ci, sous réserve de l'ensemble des dispositions ci-dessus, toute exonération, limitation et autorisation figurant aux présentes, et tout droit, exonération de responsabilité défense et immunité de toute nature applicable au transporteur ou dont le transporteur peut se prévaloir, seront également applicables et seront étendus à tout employé ou représentant du transporteur agissant comme ci-dessus et pour l'application des dispositions de cette clause. Le transporteur est, ou sera réputé agir comme représentant et mandataire pour le compte et pour le bénéfice de toutes personnes qui sont ou pourraient être ses préposés ou représentant occasionnels. (y compris les sous-contractants indépendants comme dit ci-dessus) et toutes ces personnes seront en cette matière parties ou réputés parties au contrat, objet de ce connaissance".

Ainsi devait naître par l'intermédiaire du Cas "Adler v. Dickson", la Clause Himalaya (qui porte, on l'aura compris, le nom du navire au centre du litige" the Himalaya". Toutefois, une chose est de fabriquer un mécanisme juridique, une autre est de le fonder en droit (surtout lorsqu'il remet en cause un principe aussi fondamental que celui de l'effet relatif des Conventions...)

B) A LA RECHERCHE D'UN FONDEMENT JURIDIQUE DE LA CLAUSE HIMALAYA RENDUE DIFFICILE PAR LE PRINCIPE DE L'EFFET RELATIF DES CONVENTIONS

1 EN COMMON LAW : DOCTRINE DE PRIVITY OF CONTRACT ET CLAUSE HIMALAYA

a) La doctrine de privity of contract

Caractère privé du contrat

L'engagement du promettant ne peut être invoqué, même s'il a exigé une contre- prestation que par celui qui a fourni celle-ci : l'autre partie contractante. Traditionnellement en common law , un tiers au contrat ne peut bénéficier de celui-ci : c'est la règle de la privity . Aucun tiers, même celui auquel le service contractuel devait être rendu, même celui qui seul en profiterait, ne peut invoquer l'engagement contractuel. La stipulation pour autrui n'est pas reconnue dans la common Law Anglaise. Si le vendeur d'une chose promet à son acheteur de le livrer à un tiers, ce dernier n'acquiert aucun droit à la livraison, ni à invoquer la responsabilité contractuelle du vendeur pour défauts de l'objet livré. Cette règle restrictive a suscité de vives critiques. La règle a été abandonnée aux Etats-Unis, mais elle est maintenue en Angleterre et a même été réaffirmée par la chambre des Lords en 1968.

Cas exceptionnels où le contrat peut être invoqué par un tiers

La portée pratique de cette règle de Privity of contract est amoindrie dans nombre de situation. Une promesse faite par A à B peut être invoquée par C dans les cas suivants :

1 - Si B a cédé sa créance à C ; la cession inconnue dans la Common Law a été introduite par la loi de 1873 (Assignment).

2 - Si B stipule comme mandataire de C, il n'est nullement nécessaire que A soit conscient de ce mandat (undisclosed agency) même s'il n'y a pas de mandat, mais que B prétende qu'il est mandataire de C, C peut "adopter" son acte et paraître être le contractant de A (Ratification)

3 - Si B a transféré un bien ou un fonds à A, et A lui a promis de la gérer pour le compte d'autrui (trust).

4 - En matière d'assurance (stipulation complexe)

De plus, on l'a vu, la clause Himalaya a pour conséquence d'ébranler la forteresse de la doctrine de Privity of contract en permettant à un E.M. de bénéficier de la limitation de responsabilité contenue dans le contrat de transport conclu entre le transporteur et le chargeur, auquel il n'est pas partie.

Toutefois si cette clause trouve une application pratique aujourd'hui courante, son fondement juridique n'est pas aussi aisé.

b) Les fondements de la clause Himalaya en Common Law

La doctrine et son importance

Plusieurs auteurs et Lords justice ont tenté de proposer des fondements à la clause Himalaya conformes à la doctrine de "Privity of Contract".

1 - Wiliam TETLEY : Selon le Professeur TETLEY, sous l'empire de la Common Law, un tiers au Contrat (par ex.un E.M.) ne devait pas pouvoir bénéficier des termes d'un contrat auquel il n'est pas partie à moins que ce tiers n'exécute au moins une partie du devoir de l'une des parties au contrat. En d'autres termes, si le transporteur se charge de transporter les marchandises, de les décharger et de les livrer, alors l'E.M. pourrait bénéficier des termes du contrat si celui-ci cause des dommages au cours du déchargement ou de la livraison par exemple. C'est selon TETLEY la position adoptée par la chambre des Lords dans le cas " (la faiblesse de l'argument selon lequel l'E.M. peut bénéficier de la limitation de responsabilité sous l'empire du contrat de transport résulte de ce que le transporteur dans le document de transport ne prend en charge aucune responsabilité pour les marchandises après le déchargement dont les E.M. ou les Terminal Operator (T.O.) sont habituellement les bénéficiaires, les détenteurs).

2 - Lord DENNING et "the tort of negligence" : Lord justice DENNING énonce dans le cas "Midland Silicones Ltd que le principe selon lequel personne ne peut bénéficier d'un contrat dont il n'est pas partie a été modifié par l'émergence de la négligence as indépendant tort" pour la première fois énoncée en 1932 dans la décision "Donohogue v. Stevenson". Lord Denning soutient que le chargeur/Consignataire a consenti à l'égard de l'E.M. de prendre le risque pour lui-même.

Bien que la négligence soit in "indépendant tort", il est néanmoins un principe admis du "Lord of tort" que personne ne peut se plaindre d'une blessure si il a volontairement consenti de prendre le risque pour son propre compte. Le raisonnement de Lord Denning n'a pas été suivi.

Lord Reid et" l'Agency" : the Lord Reid 's test : toujours selon le professeur TETLEY la méthode acceptée permettant à un entrepreneur de manutention de bénéficier d'un contrat de transport auquel il n'est pas partie et la Théorie de l'agency énoncée par Lord Reid dans la décision "Midland Silicones Ltd" .Quatre conditions doivent être remplies selon Lord Reid :

1 - Le document de transport doit montrer clairement que l'E.M. a l'intention d'être protégé par les dispositions que limite sa responsabilité,

2 - Le connaissance est clair sur le fait que le transporteur, en plus de contracter sur ces dispositions pour son propre compte, contracte également en tant qu'agent de l'E.M. pour que ces dites dispositions puissent s'appliquer audit E.M..

3 - L'EM autorise le transporteur à procéder à de telles dispositions bien qu'une ratification ultérieure reste possible.

4 - Les difficultés à propos de la "considération" devront être surmontées.

(+5 : Pour attendre la consignation, il sera nécessaire de montrer que les dispositions de "the bill of Lading Act, 1855 s'appliquent.)

Le principale problème de la Théorie de l'agency développée/Lord Reid a été de trouver la "Consideration" (Contrepartie) passant de l'E.M. vers le chargeur : la réponse fut donnée par le cas "The Eurymedon" (New Zealand Shipping Co. Ltd. v.A.M Salterthwaite & Compan Ltd) . Le Privy Council jugea que la "Consideration" résultait en le déchargement des marchandises par l'E.M. pour le compte du chargeur : "The performance of these services for the benefit of the Shipper was the considération for the agreement by the shipper that the appellant (Stevedore) should have the benefit of the exemptions and limitations contained in the bill of lading".

Ce qui précède est généralement la loi dans les pays du Commonwealth.

b) La jurisprudence "the Eurymedon" : fondement actuel de la Clause Himalaya en Common Law

Ainsi la jurisprudence de la clause Himalaya in Common Law a trouvé son expression dans la décision, "the Eurymedon" déjà citée.

En substance l'arrêt a dégagé quatre éléments justifiant la Clause Himalaya en Common Law :

PRIVITY OF CONTRAT

Une clause du contrat doit prévoir spécifiquement que les manutentionnaires et les entrepreneurs jouiront des mêmes exemptions de responsabilité que celles accordées au Transporteur maritime les termes du contrat intervenu entre le Transporteur maritime et le destinataire permettent de tracer le lien contractuel requis entre ce dernier et l'E.M. ;

Toujours en vertu de ce contrat de transport, le Transporteur maritime est réputé contracter à titre de mandataire de l'E.M. ;

Le Transporteur maritime doit avoir effectivement reçu l'autorisation de l'E.M. de contracter en son nom ; l'existence de ce bien entre l'E.M. et le destinataire permettant au premier d'invoquer les clauses d'exemption de responsabilité contenues dans le contrat de transport.

CONSIDERATION

L'exécution des services par l'E.M. au profit du destinataire constitue une contre-partie suffisante du contrat de transport signé par celui ci et en vertu duquel l'entreprise était en droit de bénéficier des exemptions qui y étaient contenues.

Le droit civil connaît également des difficultés pour proposer une base légale à l'acceptation de la clause Himalaya en raison du principe de l'effet relatif des conventions.

2. En droit civil : relativité du bien obligatoire et clause Himalaya

a) le principe de l'effet relatif des conventions

Sous l'empire du droit civil, comme in Common Law, il est un principe fondamental en droit privé des contrats qui énonce que seules les parties contractantes peuvent devenir créancières ou débitrices d'obligations par l'effet du contrat. Les articles 1028 CC du Québec et 1165 CC français (ainsi que 1983 CC pour la Louisiane) énoncent ce principe. L'art.1165 CC français dispose : "les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes. Elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu à l'art. 1121 CC". L'acceptation, dans ces conditions, de la clause Himalaya semble compromise tout comme elle l'était en Common Law. On doit donc tenter de trouver un fondement juridique à cette clause à travers les dérogations au principe de l'effet relatif.

(Précisons avant toute chose que la Cour d'Appel du Québec dans l'arrêt "Cérès stevedoring Co. c. eisen und Metall A.G." avait déjà confirmé la validité de la Clause Himalaya mais son analyse judiciaire renvoyait à la Jurisprudence anglaise sur la question (Cf Supra) et non aux principes de droit civil).

b) les fondements juridiques de la Clause Himalaya en droit civil.

Plusieurs arguments ont été avancés dans le but d'établir une assise juridique à la validité de la Clause Himalaya en droit civil:

- la théorie de la promesse de porte-fort : en vertu de la théorie de la promesse de porte-fort, le transporteur (le promettant) promet qu'un tiers (l'E.M.) remplira certaines obligations. Dès lors que le tiers s'engage, le porte-fort est libéré. Toutefois le professeur TETLEY, parce que le promettant est tenu responsable en cas de non-exécution par le tiers (E.M.), il serait surprenant, que la Clause Himalaya puisse être interprétée en ce sens.

- Le cautionnement : Conçu comme une alternative à la promesse de porte-fort, les rapport entre le chargeur, le transporteur et l'E.M. pourraient être interprétés comme un cautionnement (art. 1929 CC Québec, art. 2011 CC France). Alors que le promettant dans la situation de porte-fort ne garantit pas que le tiers au contrat remplira correctement les obligations que le promettant a ratifiées, le promettant dans un cautionnement se porte garant de la bonne exécution par le tiers de ses obligations . Mais là encore, toujours selon le professeur TETLEY, à cause de la responsabilité qui serait assumée par le transporteur pour les actes de l'E;M., il semble improbable que l'on puisse interpréter ainsi la Clause Himalaya.

- La stipulation pour autrui : fondement très encadré de la Clause Himalaya : Selon les termes de l'art. 1121 CC français "on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'un stipulation que l'on fait par soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. "Celui qui a fait cette stipulation ne peut la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter".

La stipulation pour autrui est un contrat par lequel une personne appelée "stipulant" obtient d'une autre personne appelée "promettant" un engagement, envers une troisième personne appelée "tiers-bénéficiaire". Selon le professeur TETLEY il est allégué que la Clause Himalaya ne coïncide pas avec les termes de l'Art. 1121 CC Français ou 1029 CC québécois pour trois principales raisons :

Premièrement, le CH ne confère pas un avantage mais un droit négatif, le droit de ne pas être tenu pour responsable, le droit de ne pas être poursuivi en justice.

Deuxièmement, deux conditions pour la stipulation pour autrui ne sont pas toutes remplies dans une Clause Himalaya : le tiers n'est pas ni déterminé, ni déterminable et le tiers n'a pas donné son assentiment.

Enfin troisièmement, une stipulation pour autrui est une exception et doit être interprétée strictement.

En conséquence si une Clause Himalaya est valable en tant que stipulation pour autrui pour une tierce partie, les tribunaux devront l'interpréter restrictivement. En tout état de cause, la clause doit clairement identifier les droits spécifiques accordés à des personnes tout aussi spécifiques.

Nous verrons dans la seconde partie comment les nations de droit civil ont résolu ce problème de fondement juridique de la Clause Himalaya.

En dépit des difficultés qui existent pour trouver une base, une assise légale à la Clause Himalaya, la validité de celle-ci est reconnue dans la plupart des systèmes juridiques aujourd'hui (partie II, A)). Toutefois si l'effectivité de la Clause Himalaya ne fait plus aucun doute, son efficacité pourrait être grandie par un certain nombre d'actions et de mécanismes dont certains sont déjà en place (Partie II, B)).

II - APPLICATION DE LA CLAUSE HIMALAYA

A - Une effectivité de la Clause Himalaya reconnue dans la plupart des systèmes juridiques dans le monde.

Nous étudierons tour à tour les principaux systèmes de droit qui reconnaissent la Clause Himalaya pour conclure à sa large effectivité. Ces systèmes sont regroupés autour de deux grands axes : la Common Law (1) d'une part, le Droit Civil d'autre part (2).

1 - Le système de "Common Law"

a) Au Royaume -Uni

Depuis la décision "The Eurymedon" en 1974 rendue par le "Privy council", l'extension des droits aux tiers en vertu de la Clause Himalaya est reconnue au Royaume-Uni.

"The New York star" (1980) a mis la clause à l'épreuve particulièrement après que la majorité de la Haute cour d'Australie a jugé que l' Entrepreneur de Manutention ne pourrait pas être protégé contre des actes de négligence survenus après le déchargement". The Privy council résolut le problème en énonçant que le contrat de transport prenait fin lors de la livraison au consignataire (en dépit du fait que le transporteur se dégageait de sa responsabilité après le déchargement) et en conséquence l'entrepreneur de manutention était à l'intérieur des termes du contrat et pouvait ainsi bénéficier des clauses d'exemption contenues dans le document de transport.

En droit anglais les transitaires qui ont la charge des marchandises sur les lieux de la compagnie de dockers, ne peuvent pas, par le biais de la Clause Himalaya, bénéficier du "Package limitation" contenu dans le contrat (document de transport par mer) puisque le contrat de transport n'a pas commencé .

b) - Aux Etats-Unis

Avant 1959 : Très tôt les jugements américains ont étendu les exceptions du contrat de transport même là où les clauses du contrat en question étaient loin d'être spécifiques Par exemple: décision "National Fédération of coffee of colombian v. isbrandtsen. Co" (1957) dans laquelle la Cour suprême de New York étendit le bénéfice du délai d'action d'un an du C.O.G.S.A. au T.O. qui était l'agent du transporteur sans clause spécifique dans le contrat). Toutefois la Cour Suprême des Etats-Unis refusa dans l'affaire "herd and Co v. Krawll Machinery Corp"(1959) d'étendre la limitation de responsabilité à l'entrepreneur de manutention employé oralement par le transporteur, alléguant que les débats et la commission de rapport du sénat et de la Chambre des députés à propos du C.O.G.S.A. ne mentionnaient ni les "Stevedores" ni les "agents" et qu'en conséquence ils ne pouvaient bénéficier de la limitation du montant de leur responsabilité pour des dommages causés par négligence.

Aujourd'hui, et depuis 1969, la Clause Himalaya bénéficie aux Entrepreneurs de Manutention et Terminal Opérateur en vertu de la décision "Krawill" mentionnée plus haut mais sous le respect de certaines conditions:

* Les énonciations de la Clause Himalaya doivent être très spécifiques en ce qui concerne les personnes qui seront protégées par elle. (Par exemple: la description "indépendant contractor" a été considérée suffisamment spécifique pendant les années 70, alors qu'aujourd'hui il faut rajouter à cette mention celle de "employé par le Transporteur" (cf. "Stevedores" et "Terminal Operator").

* La clause doit être explicite concernant la nature de l'avantage attribué, toutefois dans la pratique, une définition générale est permise.

* La clause ne doit pas exclure, la responsabilité pour fraude ou conversion (appropriation illicite du bien d'autrui) et doit être interprétée strictement, étroitement.

c) - En Australie

Dans l'arrêt "Port Jackson Stevedores v. Salmond and Spaggon"(Australia) Pty ltd ou "The New York Star", une Entreprise de Manutention a déchargé une marchandise, l'a stockée et ne l'a pas délivrée. Elle a été poursuivie en justice plus d'un an plus tard. afin qu'elle restitue la marchandise. Le contrat en vertu duquel le transport a été effectuée contenait une clause qui étendait expressément le bénéfice de ses termes (et notamment eux des règles de La Haye) aux entrepreneurs de manutention et agents du transporteur et déclarait que le contrat contenu dans le connaissance était fait pour leur compte. En d'autres termes, le contrat contenait une Clause Himalaya. La haute cour tint l'entreprise de manutention pour responsable en suivant en cela les énonciations de l'arrêt "Wilson v. Darling Island". Le privy Council réforma cette sentence accordant par là même aux entrepreneurs de manutention le bénéfice du "one year Hague rules time-bar." On peut conclure que la Clause Himalaya est effective en droit australien (même "consideration" que dans "the Eurymedon").

d) Au Canada

Dans l'arrêt "Canadian General Electric Co Ltd c. Pickford. Ltd" ("the lake bosomtwe") La Cour Suprême du Canada avait nié à un tiers (une entreprise d'arrimage) la possibilité d'invoquer une clause de limitation de responsabilité prévue dans un contrat auquel il n'était pas partie.

Toutefois dans l'arrêt "ITO" ("International Terminal Operator Ltd. c. Muda Electronics Inc.") la CSC s'est ravisée.

Dans cette affaire Mitsui O.S.K. a transporté par mer des calculatrices électroniques du Japon à Montréal pour le compte de Miida electronics Inc. Mitsui s'est organisée pour que les marchandises à leur arrivée soient prises en charges et entreposées au port à court terme par I.T.O., une compagnie de manutention et d'acconage. Plusieurs cartons contenant des calculatrices ont été volés dans le hangar d'I.T.O. suite à une négligence de ses services de sécurité. Le connaissance comportait des clauses de non-responsabilité ainsi qu'une clause Himalaya pour laquelle le transporteur prétendait étendre cette limitation de responsabilité à ceux qu'il employait dans l'exécution de son contrat de transport. Le contrat entre Mitsui et I.T.O. stipulait expressément que le manutentionnaire devait être le bénéficiaire exprès de toutes les clauses de non-responsabilité contenues dans son contrat. La division de 1ère instance fédérale a rejeté l'action que Miida avait intentée tant contre Mitsui qu' I.T.O., mais la Cour d'Appel a fait suite à l' appel que Miida avait interjeté contre I.T.O. et rejeta son appel contre Mitsui. Etait ici en cause, outre la question (non traitée ici) plus générale de la compétence de la cour Fédérale en matière d' amirauté et l' étendue du droit maritime Canadien, l' effet de la Clause Himalaya du contrat. Tant Miida qu' I.T.O. se pourvoient contre la Cour Suprême du Canada. Le pourvoi d'I.T.O. contre l' arrêt rendu en faveur de Miida est accueilli et celui de Miida contre le rejet de son action intentée contre Mitsui O.S;K. est rejeté.

Plusieurs Nations maritimes reconnaissent déjà la validité de cette clause et le bon sens commandait de rendre le droit uniforme à la réalité commerciale pour établir avec certitude les risques et les besoins de tous les investissements en la matière.

Ici le Juge Mc INTYRE a conclu à la validité de la Clause Himalaya en droit maritime en référant à la Jurisprudence anglaise sur ce sujet et en particulier à l' arrêt "The Eurymedon" dont les critères ont été dégagés plus haut.

Ici l' uniformisation du droit s'est faite, selon le Professeur BRAEN au détriment du droit civil.

e) En Afrique du Sud (à signaler)

En Afrique du sud, l'arrêt "The Sanko Vega" a placé le pays dans un débat concernant la Clause Himalaya et son application. Doit-elle, elle, être reconnue selon les propos du droit romano-germanique (roman-dutsch) ou de la Common Law? (cf l'article HILTON STANILAND "The Himalaya Clause in South africa" Lloyd's maritime commercial and law Quaterly, 1992, p. 317-322).

Qu'en est-il de la réalité de la Clause Himalaya en droit civil?

2 - Systèmes de droit civil

a) Au Quebec (Canada)

En droit civil, la Cour d'appel du Quebec dans l'arrêt "Cérès Stevedoring Co. contre Eisen, und Metall A.G.(1977) a confirmé la validité de la Clause Himalaya mais l'analyse judiciaire a, on l' a vu, renvoyé à la jurisprudence anglaise sur la question et non aux propos de droit civil. Il est à noter que le projet de code civil du quebec en son article 2071 mentionne que l'entreprise de manutention agit pour le compte de celui qui a requis ses services et sa responsabilité n'est engagée qu' envers celui-ci. Le manutentionnaire jouira de la même limitation de responsabilité que celle accordée au transporteur par règlement et tel que prévu aux articles 2062 et 2064 du projet du Code Civil. Le projet adopte donc la solution française en la matière.

b) En France

La France a résolu le problème relatif à la Clause Himalaya en proposant une solution législative à celle-ci. La loi du 18 juin 1966 relative aux affrètements et au contrat de transport, prévoit en effet dans ses articles 50 à 60, la nature et le régime des entrepreneurs de manutention. Ainsi l'article 50 en propose-t-il la définition suivante : " l'entreprise de manutention est chargée de toutes les opérations qui réalisent la mise à bord et le débarquement des marchandises, y compris les opérations de mise et de reprise sous hangar et sur terre-plein qui en est le préalable ou la suite nécessaire". L'article 51 poursuit en précisant que l'entreprise de manutention peut éventuellement être appelée pour accomplir pour le compte du navire, du chargeur, du réceptionnaire, d'autres opérations définies par décret.

L'entrepreneur de manutention opère pour le compte de celui qui aura requis ses services et sa responsabilité n'est engagée qu'envers celui-ci qui seul a une action contre lui.(art.52)

Le soucis premier du législateur en définissant le régime de responsabilité de l'entreprise de manutention, a été de rapprocher dans toute la mesure possible, ce régime de celui applicable au Transporteur maritime.

Ceci pour éviter que comme antérieurement les destinataires ne soient tentés de contourner les diverses protections assurées par la loi au Transporteur maritime en agissant en responsabilité contre l'E.M.;

L'art. 53 institué de responsabilité proche de celui qui régit le transporteur maritime. Ainsi 5 cas dit "exceptés" sont expressément prévus pour lesquels la responsabilité de l'E.M. ne peut être engagée.

Enfin le législateur, à travers une loi du 23 décembre 1986 a prévu à l'art 54 de la loi que même lorsque l'E.M. est responsable du dommage subi par la marchandise ou de la perte de celle-ci, il bénéficie normalement de la même limitation de responsabilité que Transporteur maritime soumis à la loi du 18 juin 1966. Dès lors cette limitation de responsabilité s'établit à 666,67 DTS/Colis et 2 DTS/Kg en poids brut de marchandise endommagée ou perdue, la limitation la plus élevée étant applicable. (Dès lors on peut conclure que le système français abouti aux même effets qu'une clause Himalaya insérée dans une clause soumis au régime de la Clause Himalaya. De plus les dispositions de la loi de 1966 sont impératives.

B) Une efficacité de la clause himalaya qui pourrait être améliorée

Si la clause Himalaya, on l'a vu, est reconnue dans la plupart des systèmes juridiques des Nations maritimes actuelles, il n'en reste pas moins qu'elles rencontrent encore des difficultés notamment en raison d'une assise juridique fragile (quoique mieux cernée par la Clause Himalaya ces dernières années).

Certains mécanismes permettraient de renforcer son action (1) un autre l'a déjà remplacée pour mieux asseoir le système précédemment mis en place (2)

1) Propositions de mécanismes renforçant l'effet de la Clause Himalaya

Le problème est de trouver un moyen pour permettre aux tiers au contrat qui ne sont ni agents ni préposés du transporteur de limiter leur responsabilité et plus spécifiquement de permettre aux "Stevedores" et "E.M." dont le Transporteur maritime déclare qu'ils ne sont ni ses agents, ni ses préposés mais des Entrepreneurs indépendants de néanmoins bénéficier du contrat de transport.

a) Amender la loi.

Selon le professeur TETLEY, une solution évidente serait de modifier la loi en étendant expressément la limitation de responsabilité et le délai d'un an aux E.M. (et T.O.), et en même temps étendre la période de responsabilité pour couvrir les marchandises avant et après l'opération "Palan à Palan".

Cela pourrait être réalisé au travers d'amendement aux règles de la Haye et La Haye/Visby ou aux lois nationales comme cela a déjà été réalisé en France par exemple (cf Supra).

b) Étendre le Contrat

Une seconde solution est d'inclure l'E.M. (ou le T.O.) comme partie au contrat de transport dans le connaissement soit en devenant un employé du Transporteur maritime, soit à l'inverse par un contrat du Transporteur maritime qui deviendrait un agent de l'E.M. De tels aménagements contractuels véritables cependant sont condamnés par les E.M. et les transporteurs parce-qu' aucun ne souhaite être tenu responsable pour l'autre, ni étendre la période durant laquelle ils est responsable de la marchandise.

En réalité le Transporteur maritime et l'E.M. (ou le T.O.) veulent inclure le "Stevedores" au contrat à seulement un égard : lui permettre de limiter sa responsabilité. Appeler le "Stevedore" partie au contrat sous une Clause Himalaya est en conséquence, au mieux une fiction.

2 Vers un renforcement du système par l'avènement d'un nouveau type de clause la "circular indemnity Clause"

L'incertitude de l'effectivité de la Clause Himalaya a conduit les transporteurs à développer un nouvel expédient au problème de l'extension de la limitation de responsabilité aux entrepreneurs de manutention : "The circular indemnity Clause". A travers cette clause le propriétaire de la marchandise promet de s'exercer aucune revendication envers les employés, agent les E.M., T.O. ou sous contractant du transporteur. Il stipule de plus que contrairement à sa promesse, une telle action est intentée, alors il indemniser le Transporteur maritime de toutes les conséquences d'une telle action.

Une clause d'indemnité circulaire type pourrait être ainsi rédigée :

- "Le marchand répond du fait qu'aucune réclamation ou allégation ne pourra être faite à l'encontre de tout employé, agent, ou sous-contractant du transporteur lequel impose ou tente d'imposer qu'aucun d'entre-eux ou aucun navire leur appartenant ne sera susceptible d'être tenu pour responsable en ce qui concerne les marchandises et si de telles demandes ou allégations étaient cependant faites, d'indemniser le Transporteur maritime contre les conséquences qui en découleraient".

Cette "Circular Indemnity Clause" doit être lue en parallèle avec la Clause de définition également contenue dans le connaissement : "Définition ..." "Marchand" inclut le chargeur, le détenteur du connaissement, le consignataire, le destinataire des Marchandises, toute personne possédant ou autorisée à entrer en possession des marchandises ou de ce connaissement et n'importe qui agissant pour le compte de ces personnes".

La validité de la clause a été confirmée dans nombre de décisions dont la première rendue par J. ACKNER dans l'affaire "The Elbe Maru" laquelle jugea que la clause a pour effet de donner au Transporteur maritime une indemnité contre les frais normalement encourus par lui en contractant avec une tierce partie qu'aucune réclamation ne serait effectuée contre cette dernière. En outre, la cour énonça que le transporteur pouvait demander à la Cour, selon la section III du "Judicature Act" de 1925 une suspension d'instance pour empêcher le propriétaire de la Marchandise de poursuivre sa réclamation à l'encontre du contractant.

La preuve d'un bris fondamental de la part du Transporteur maritime ou de son employé, agent ou sous-contractant peut venir à bout de la "C.I.C".

Selon le professeur TETLEY, la "C.I.C". semble souffrir des mêmes maux que la Clause Himalaya à savoir l'attribution d'un droit négatif au tiers. Si la "C.I.C". souhaite être valide, elle doit être plus précise que la clause de l'arrêt "Elbe Maru" et devra référer spécifiquement aux "Stevedores" et "T.O.": ces derniers devraient également contracter avec le Transporteur maritime l'obligeant ainsi à les protéger.

Conclusion Selon TETLEY, si la "C.I.C." est valide, c'est une raison supplémentaire d'adopter les règles de Hambourg de 1978 sous laquelle le transporteur est responsable pour les pertes et dommages de la marchandise après le déchargement mais à l'avantage de la limitation de responsabilité par colis ou par poids.

Toujours selon TETLEY, les règles de Hambourg résolvent le problème de la clause Himalaya en son article 4, lequel étend la responsabilité du transporteur de port à port, tandis que l'art 10 tient le transporteur responsable des actes du transporteur substitué qui au terme de la définition de l'art. 1 (2) pourrait inclure le "Stevedore" et le "T.O"..

art. 10 (2): toutes les dispositions de la présente copie régissant la responsabilité du Transporteur maritime s'appliquent également à la responsabilité du transporteur substitué.

art. 1 (2): "les termes "transporteur substitué " désignent toute personne à laquelle l'exécution du transport de marchandise ou d'une partie de ce transport, est confié par le Transporteur maritime et doivent s'entendre également de toute autre personne à laquelle cette exécution est confiée".