

Contrat de volume : quels effets? Quelques leçons tirées du contrat de service américain

Kamelia Kolli

Volume 46, numéro 1, 2016

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1036576ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1036576ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Kolli, K. (2016). Contrat de volume : quels effets? Quelques leçons tirées du contrat de service américain. *Revue générale de droit*, 46(1), 141–177.
<https://doi.org/10.7202/1036576ar>

Résumé de l'article

La liberté contractuelle cause de nombreux remous en transport maritime. Elle est au centre de l'éternelle controverse opposant les chargeurs et les transporteurs. Celle-ci remonte à l'époque des *negligence clauses* auxquelles le *Harter Act* américain (1893) avait mis fin et qui a été suivi à l'international par les Règles de La Haye, par les Règles de La Haye-Visby et par les Règles de Hambourg. Finalement, les conventions maritimes sont fondées sur un régime impératif de responsabilité. Les Règles de Rotterdam devaient initialement suivre la voie de l'impérativité, devenue ainsi la tradition. Pourtant, un tournant a été amorcé avec l'introduction du contrat de volume inspiré directement du *service contract* américain et qui permettrait aux parties de négocier librement les conditions de services appropriées à leurs besoins. Cette approche commerciale marquant la résurrection de la liberté contractuelle est censée adapter le droit maritime à la réalité moderne des échanges et des transports de lignes régulières. Depuis les années 80, cette industrie a, en effet, subi de profondes transformations pour intégrer la chaîne logistique des chargeurs (*supply chain management*). En dehors d'une confrontation entre liberté et impérativité, longuement débattue par la doctrine, l'analyse de l'approche commerciale et de ses conséquences a été occultée par la communauté juridique. Notre objectif est alors de déterminer, à l'aune du contrat de service américain et du *supply chain management*, les soubassements de cette approche commerciale pour en déduire les changements que le contrat de volume impliquerait pour les opérateurs de transport si les Règles de Rotterdam venaient à entrer en vigueur.

Contrat de volume : quels effets? Quelques leçons tirées du contrat de service américain

KAMELIA KOLLI*

RÉSUMÉ

La liberté contractuelle cause de nombreux remous en transport maritime. Elle est au centre de l'éternelle controverse opposant les chargeurs et les transporteurs. Celle-ci remonte à l'époque des negligence clauses auxquelles le Harter Act américain (1893) avait mis fin et qui a été suivi à l'international par les Règles de La Haye, par les Règles de La Haye-Visby et par les Règles de Hambourg. Finalement, les conventions maritimes sont fondées sur un régime impératif de responsabilité. Les Règles de Rotterdam devaient initialement suivre la voie de l'impérativité, devenue ainsi la tradition. Pourtant, un tournant a été amorcé avec l'introduction du contrat de volume inspiré directement du service contract américain et qui permettrait aux parties de négocier librement les conditions de services appropriées à leurs besoins. Cette approche commerciale marquant la résurrection de la liberté contractuelle est censée adapter le droit maritime à la réalité moderne des échanges et des transports de lignes régulières. Depuis les années 80, cette industrie a, en effet, subi de profondes transformations pour intégrer la chaîne logistique des chargeurs (supply chain management). En dehors d'une confrontation entre liberté et impérativité, longuement débattue par la doctrine, l'analyse de l'approche commerciale et de ses conséquences a été occultée par la communauté juridique. Notre objectif est alors de déterminer, à l'aune du contrat de service américain et du supply chain management, les soubassements de cette approche commerciale pour en déduire les changements que le contrat de volume impliquerait pour les opérateurs de transport si les Règles de Rotterdam venaient à entrer en vigueur.

MOTS-CLÉS :

Contrat de volume, contrat de service, Règles de Rotterdam, chaîne logistique globale, lignes régulières, prestataires de services logistiques.

* Chercheuse régulière et responsable de l'axe « Droit et gestion » au Centre de droit des affaires et du commerce international de l'Université de Montréal. L'auteure remercie le professeur Guy Lefebvre pour ses précieux conseils.

ABSTRACT

Freedom of contract is the subject of tremendous turmoil in maritime transport and has always been the center of controversy between shippers and carriers. The debate goes back to negligence clauses, which the US Harter Act (1893) put an end to, and The Hague Rules, The Hague-Visby Rules and the Hamburg Rules that were subsequently adopted. Therefore, maritime conventions are based on a mandatory liability regime. The Rotterdam Rules were initially following the path of traditional imperativity. However, a turning point has been initiated with the introduction of volume contract based on the American concept of service contract. Volume contract would allow parties to negotiate freely the conditions of services tailored for their needs. This commercial approach, marking the resurrection of freedom of contract, is supposed to adapt maritime law to the modern trade and liner shipping. Indeed, since the 1980s, the industry has undergone significant transformations to integrate the supply chain of their customers (the shippers). Besides the eternal debate freedom versus imperativity, discussed at length in the literature, analysis of the commercial approach and its consequences has been ignored by the legal community. In the light of the US service contract and the concept of supply chain management, our objective is to examine the basis of this commercial approach to outline the changes the volume contract would imply to transport operators, if the Rotterdam Rules were to come into force.

KEY-WORDS:

Volume contract, service contract, Rotterdam Rules, supply chain management, liner shipping, third-party logistics provider.

SOMMAIRE

Introduction.....	143
I. Introduction du concept de contrat de service dans la législation des États-Unis.....	146
A. Naissance du contrat de service : le <i>Shipping Act</i> de 1984.....	146
B. Réforme du <i>Shipping Act</i> de 1984 : changements provoqués par l' <i>Ocean Shipping Reform Act</i> de 1998 (OSRA).....	149
1. Renforcement du principe de confidentialité des contrats de service.....	150
2. Renforcement des <i>independent actions</i> et affaiblissement de la mainmise des conférences maritimes sur les contrats de service.....	151
II. Introduction du contrat de volume ou amorce d'une liberté contractuelle « encadrée » en matière de transport maritime international.....	153

A.	Controverse entourant la résurrection de la liberté contractuelle par l'introduction du contrat de volume	154
B.	Fixation des conditions de validité du contrat de volume pour créer un consensus à l'échelle internationale	161
III.	Contrat de volume : de l'activité maritime aux prestations logistiques	165
A.	Demande de transport et logistique des chargeurs	165
B.	Déploiement des activités des lignes maritimes: du port à port vers le porte à porte... vers les services logistiques.	169
	Conclusion	175



INTRODUCTION

La liberté contractuelle a causé de nombreux remous en matière de transport maritime. Elle est au centre de l'éternelle controverse opposant les chargeurs et les transporteurs lors de la détermination d'un régime de responsabilité. Cette controverse remonte à l'époque des *negligence clauses* auxquelles les États-Unis avaient décidé de mettre fin avec le *Harter Act* de 1893, lequel établissait un régime de responsabilité restreignant de manière draconienne la liberté contractuelle. La législation des États-Unis a ensuite inspiré celles de plusieurs autres pays où la communauté de chargeurs était assez puissante pour instaurer un nouvel ordre dans l'industrie maritime¹. Cette idée d'un régime impératif s'imposera ensuite à l'échelle internationale avec, en premier lieu, la *Convention de Bruxelles de 1924*², appelée « Règles de La Haye », celles-ci inaugurant un niveau de responsabilité auquel les transporteurs ne pouvaient se soustraire. Toutes les conventions internationales, entrées en vigueur depuis, ont repris ce principe fondamental d'un régime impératif de responsabilité du transporteur

1. Les *dominions* de l'Empire britannique, dont le Canada, militaient en faveur de la protection des chargeurs et adoptaient des législations en ce sens. Michael F Sturley, « The History of COGSA and The Hague Rules » (1991) 22 J Mar L & Com 1 à la p 15.

2. *Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance* (entrée en vigueur : 2 juin 1931) [*Convention de Bruxelles de 1924*]. Cette Convention est le fruit de l'effort d'unification entamé par *The International Law Association* dès 1882. Voir Comité maritime international (CMI), *The Travaux Préparatoires of The Hague Rules and The Hague-Visby Rules*, en ligne : <www.comitemaritime.org/Uploads/Publications/Travaux%20Preparatoires%20of%20the%20Hague%20Rules%20and%20of%20the%20Hague-Visby%20Rules.pdf>.

maritime international. Cela a été le cas des Règles de La Haye-Visby³, puis de celles de Hambourg⁴.

Les Règles de Rotterdam⁵ devaient initialement suivre la voie de l'impérativité, devenue ainsi la tradition. Pourtant, un grand tournant a été amorcé par la délégation américaine, qui avait soumis une nouvelle approche. Partant de sa propre expérience en matière de transport maritime de lignes et du compromis qui s'était dégagé entre les intérêts des acteurs de son industrie de transport⁶, la délégation américaine a proposé, lors de l'élaboration des Règles de Rotterdam (non en vigueur)⁷, l'incorporation d'un nouveau concept : « le contrat de volume »⁸. Celui-ci est étranger à plusieurs législations nationales, en dehors bien entendu des États-Unis, mais aussi des pays scandinaves⁹. La délégation américaine a soulevé l'inadéquation des instruments juridiques actuels et s'est fondée sur le fait que la majeure partie des échanges commerciaux et des transports maritimes de lignes régulières se font sur la base de contrats de service. La notion américaine

3. *Convention de Bruxelles de 1924*, *ibid*, modifiée par les protocoles du 23 février 1968 (entrée en vigueur : 23 juin 1977) [Règles de Visby] et du 21 décembre 1979 (entrée en vigueur : 14 février 1984) [Protocole DTS].

4. *Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer*, adoptée le 31 mars 1978, dite également Convention ou Règles de Hambourg (entrée en vigueur : 1^{er} novembre 1992).

5. *Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer*, A/RES/63/122, New York, 11 décembre 2008 (non en vigueur).

6. Selon Mary Helen H Carlson (Senior Attorney, Office of the Legal Adviser for Private International Law, US Department of State), « US Participation in Private International Law Negotiations: Why the UNCITRAL Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea Is Important to the United States » (2009) 44 *Tex Intl LJ* 269 à la p 272, en ligne : <www.tilj.org/content/journal/44/num3/Carlson269.pdf> :

[I]n 2001 the World Shipping Council (WSC, representing primarily foreign owners of liner vessels that serve the US trade) and the National Industrial Transportation League (NITL, representing US shippers) reached a compromise agreement on cargo-liability reform. As important as the fact of compromise is the fact that the substance of this agreement meets the needs of all US industry sectors for a modern, flexible, comprehensive, and balanced regime. The major elements of the NITL/WSC agreement became the US government position in this negotiation, and eventually became part of the Convention approved by UNCITRAL on July 3, 2008.

7. Voir l'état des ratifications : <treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XI-D-8&chapter=11&lang=fr>.

8. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Droit des transports : élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [par mer]. Proposition des États-Unis d'Amérique*, Doc off CNUDCI, 2003, 12^e sess, Doc NU A/CN.9/WG.III/WP.34, en ligne : <daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V03/869/06/PDF/V0386906.pdf?OpenElement> [CNUDCI].

9. William Tetley, *Marine Cargo Claims*, 4^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 aux pp 88–89.

de contrat de service a été présentée comme un contrat librement négocié entre des parties ayant un pouvoir de négociation égal. L'introduction d'un tel concept permettait donc aux parties de s'entendre sur les conditions de services les mieux adaptées à leurs besoins.

Le contrat de volume a été défini dans l'article 2 des Règles de Rotterdam 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.

Cette définition ne fixe aucune exigence quant à la quantité de marchandises, au nombre d'expéditions ou encore à la fréquence de ces dernières¹⁰. Les parties peuvent par conséquent fixer librement ces modalités. Ainsi, avec le concept de contrat de volume, les Règles de Rotterdam ont établi une nouvelle dimension dans le transport maritime international. À côté de la dimension relative au partage des responsabilités, s'ajoute celle tenant aux relations commerciales entre transporteur et chargeur, dite approche commerciale.

L'industrie du transport maritime a, en effet, subi de profondes transformations afin de s'adapter aux besoins des chargeurs dont le mode de production et d'échange repose aujourd'hui sur le *supply chain management*. Notre objectif est donc de déterminer, à l'aune de l'expérience des États-Unis et du fonctionnement du *supply chain management*, ce que pourraient être les changements que le concept de contrat de volume entraînerait dans l'industrie de transport maritime de lignes régulières.

Pour ce faire, nous analyserons le concept de contrat de volume depuis son origine. Il s'agira donc de retracer son apparition et son évolution aux États-Unis (I). Nous nous attarderons ensuite sur son introduction à l'échelle internationale et, notamment, sur le dispositif d'encadrement de la liberté contractuelle, prévu dans les Règles de Rotterdam (II). Enfin, nous traiterons de l'incidence principale qu'aurait, selon nous, ce nouveau concept : permettre aux lignes maritimes d'ajuster leur offre de service aux nouveaux besoins des chaînes logistiques des gros chargeurs internationaux (III).

10. Anthony Diamond, «The Next Sea Carriage Convention?» (2008) 2 LMCLQ 135 à la p 147.

I. INTRODUCTION DU CONCEPT DE CONTRAT DE SERVICE DANS LA LÉGISLATION DES ÉTATS-UNIS

Les années 70 et 80 marquent l'amorce de la dérégulation de l'industrie des transports aux États-Unis. La dérégulation des transports de marchandises a d'abord été entamée en transport aérien en 1977, puis dans les transports terrestres (routier et ferroviaire) en 1980, et s'est poursuivie dans le secteur maritime en 1984 avec le *Shipping Act*¹¹. L'un des principaux outils de dérégulation introduits par le *Shipping Act* est le contrat de service, qui est défini en ces termes :

*a contract between a shipper and an ocean common carrier or conference in which the shipper makes a commitment to provide a certain minimum quantity of cargo over a fixed time period, and the ocean common carrier or conference commits to a certain rate or rate schedule as well as a defined service level—such as, assured space, transit time, port rotation, or similar service features; the contract may also specify provisions in the event of nonperformance on the part of either party*¹².

L'objectif de cette réforme du secteur maritime était non seulement de déréglementer cette industrie, mais aussi de maintenir un minimum de contrôle sur les pratiques des transporteurs et, notamment, sur celles des conférences maritimes. Ainsi, il fallait, d'une part, prendre acte de la nécessaire modernisation du secteur et, d'autre part, favoriser la concurrence. Le contrat de service constitue l'un des outils privilégiés pour atteindre ces objectifs. Afin de mieux comprendre cette notion, nous retracerons sa genèse (A), ainsi que son évolution à la suite de la réforme de 1998 (B).

A. Naissance du contrat de service : le *Shipping Act* de 1984

Avant la réforme de 1984, tous les frets maritimes en provenance ou à destination des États-Unis étaient publiés et la plupart des lignes maritimes étaient exploitées par des conférences maritimes¹³ dont la

11. *Shipping Act of 1984*, 46 USCA §§ 1701–1720 (West Supp 1985).

12. *Ibid*, § 1702(21).

13. Georges J Figuière et al, *Dictionnaire anglais-français du commerce maritime*, Rennes, Infoner, 2009 à la p 36, *sub verbo* « conférence maritime » : une association d'armateurs [...] exploitant une même ligne et se regroupant dans le but de rationaliser leurs services [...], d'en uniformiser le tarif par l'adoption de règles communes de calculs du fret, et de lutter contre la concurrence des « outsiders » et autres

pratique, consistant en une entente sur un tarif commun entre leurs membres, était reconnue sur le plan législatif.

On considérait, à l'époque, que le principe de traitement égal de tous les chargeurs garantissait un marché du transport maritime équitable. Ce principe était basé sur l'accès à l'information. Les transporteurs avaient l'obligation d'enregistrer auprès de la *Federal Maritime Commission* (FMC) les tarifs et les stipulations des contrats proposés aux chargeurs. Ces renseignements étaient ensuite rendus publics¹⁴. Dès lors, les transporteurs ne pouvaient offrir un tarif spécial à un chargeur en particulier sans prendre le risque d'avoir à le proposer à d'autres.

À la suite de la dérégulation américaine du marché, la donne a largement changé. L'adoption du *Shipping Act* de 1984 a apporté plus de souplesse en permettant aux transporteurs de proposer des tarifs pouvant varier en fonction du volume de marchandises dont le transport s'étale sur une période de temps convenue entre les parties. La législation a ainsi introduit le concept de *service contract*. Les transporteurs et les conférences maritimes se voyaient offrir la possibilité de proposer deux types de tarifs : des tarifs communs à tous les chargeurs et des tarifs spéciaux individuels au moyen des contrats de service. Pour autant la dérégulation n'était pas totale, puisque le *Shipping Act* avait conservé les principes de « *common carriage* », de publicité des « *éléments essentiels* » des contrats de service et de « *non-discrimination des chargeurs* ». Ces principes devaient instaurer un certain équilibre dans la dérégulation, mais en même temps, ils constituaient des freins importants à l'effectivité du contrat de service.

Le principe de *common carriage*¹⁵ avait pour but de favoriser la concurrence entre transporteurs. Même si des tarifs externes aux tarifs

navires. Les membres d'une conférence s'engagent à respecter les règles de celle-ci, dont l'application est rigoureusement contrôlée par un service spécialisé du secrétariat de la conférence. Les tarifs adoptés sont publiés, et en cas de révision ils font l'objet de négociations préalables avec les chargeurs ou associations de chargeurs. Les conférences passent avec certains chargeurs des contrats de fidélité (« *loyalty contract* ») ouvrant droit à une prime.

14. Proshanto K Mukherjee et Abhinayan Basu Bal, « A Legal and Economic Analysis of the Volume Contract Concept Under the Rotterdam Rules: Selected Issues in Perspective » (2009) 40 *J Mar L & Com* 579 à la p 584 [Mukherjee et Bal, « A Legal and Economic Analysis »].

15. Nicholas Kouladis, *Principles of Law Relating to International Trade*, Palo Alto (Cal), Ebrary, 2006 aux pp 257–58, en ligne : <site.ebrary.com/id/10134220>, *sub verbo* « common carrier » :

A common carrier is one who is engaged in the trade of carrying goods as a regular business, and who hold himself out as ready to carry for any who may wish to employ him. Where a

communs pouvaient être proposés au moyen des contrats de service, les transporteurs étaient tout de même soumis à l'obligation de publication des éléments essentiels.

Par ailleurs, l'enregistrement auprès de la FMC et la publication des *termes essentiels* du contrat par cette dernière permettaient à d'autres chargeurs de les réclamer dès lors qu'ils se trouvaient dans une *situation similaire* à celle du chargeur qui en avait bénéficié. La publication des tarifs avait pour objectifs de permettre à la FMC de contrôler la régularité des stipulations et conditions contractuelles, d'assurer un libre accès à l'information à tous les chargeurs et d'éviter toute discrimination à l'endroit des chargeurs de la part des transporteurs.

Cependant, ces mesures de contrôle avaient pour effet de réduire considérablement la marge de manœuvre des parties alors que, paradoxalement, les contrats de service étaient censés favoriser la libre négociation des tarifs entre chargeurs et transporteurs. En outre, le principe de non-discrimination imposait aux transporteurs de proposer les mêmes conditions tarifaires favorables consenties à un chargeur à tout autre chargeur se trouvant dans des conditions similaires et qui les réclamait. Ce mécanisme, dit *me too*, a finalement dissuadé les transporteurs de baisser leurs tarifs¹⁶.

En réaction, les conférences maritimes ont contrôlé le recours individuel aux contrats de service par leurs membres et imposé de ne l'utiliser qu'à l'échelle commune et en respectant l'accord de conférence. Ce faisant, les conférences bloquaient les actions indépendantes des membres, alors même que celles-ci étaient permises par la *Shipping Act*. De plus, l'accord de conférence interdisait d'accepter des clauses *me too* sans restriction.

Il faut en effet rappeler que les conférences maritimes bénéficiaient aux États-Unis d'une immunité antitrust, ce qui permettait aux transporteurs qui en étaient membres de fixer en commun les taux de fret

person, while inviting all to employ him, reserved to himself the right to accept or reject offers of goods for carriage, it was held not to be a common carrier [...]. The characteristics of a common carrier may be summed up as follows: (1) Is bound to take any goods brought to him if he has room for them and they are suitable. The latter means that the goods are properly packed and their destination is the same as the one that the carrier usually travels. 2) He must charge only at a reasonable rate for carrying the goods, and he must not impose unreasonable conditions.

16. Wei Hou, *La liberté contractuelle en droit des transports maritimes de marchandises: l'exemple du contrat de volume soumis aux Règles de Rotterdam*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013 à la p 61.

ainsi que les prestations de services offertes. Les conférences pouvaient également restreindre la capacité de transport afin d'assurer un taux de fret profitable à leurs membres, veillant ainsi à maintenir une stabilité des taux de fret¹⁷.

Les opposants au système de conférences ont vite soulevé la nécessité de mettre fin à l'immunité dont jouissaient ces dernières. Le système, consistant en une immunité doublée d'une intervention gouvernementale par l'intermédiaire de la FMC pour surveiller le secteur, s'est heurté à de vives critiques. Selon ses opposants, il était nécessaire de laisser le jeu du marché fixer les taux de fret et il fallait mettre fin à l'intervention de l'État sur le marché des lignes maritimes. Ces mesures étaient censées induire une baisse considérable des coûts de la régulation¹⁸.

En somme, l'un des objectifs premiers du *Shipping Act* de 1984 était d'introduire plus de souplesse dans le secteur des transports maritimes de lignes régulières et d'y favoriser la concurrence. Cela a abouti à l'introduction du contrat de service comme outil de la libéralisation des tarifs. Pourtant, plusieurs principes qui préexistaient au contrat de service se sont révélés être de véritables obstacles à l'utilisation de celui-ci par les opérateurs économiques. Le dispositif a finalement conduit à des effets contraires à ceux escomptés *a priori*: le blocage de l'utilisation du contrat de service par les conférences maritimes et un renforcement des ententes des cartels sur les tarifs¹⁹. La nécessité d'améliorer le dispositif a débouché sur l'*Ocean Shipping Reform Act* de 1998.

B. Réforme du *Shipping Act* de 1984 : changements provoqués par l'*Ocean Shipping Reform Act* de 1998 (OSRA)

L'*Ocean Shipping Reform Act* de 1998 (OSRA) définit le contrat de service comme suit :

17. Peter Marlow et Rawindaran Nair, « Service Contracts — An Instrument of International Logistics Supply Chain: Under United States and European Union Regulatory Frameworks » (2008) 32:3 Mar Policy 489 à la p 491.

18. Ira Lewis et David B Vellenga, « The Ocean Shipping Reform Act of 1998 » (2000) 39:4 Transp J 27 à la p 28.

19. *Statement of John L Peterman, Director, Bureau of Economics Federal Trade Union Before the Advisory Commission on Conferences in Ocean Shipping, P915806*, 13 septembre 1991, en ligne: <www.ftc.gov/sites/default/files/documents/advocacy_documents/ftc-staff-comment-advisory-commission-conferences-ocean-shipping-concerning-conferences-ocean/p915806oceanshipping.pdf>.

“service contract” means a written contract, other than a bill of lading or receipt, between one or more shippers, and an individual ocean common carrier or an agreement between or among ocean common carriers, in which the shipper or shippers makes a commitment to provide a certain volume or portion of cargo over a fixed time period, and the ocean common carrier or the agreement commits to a certain rate or rate schedule and a defined service level, such as assured space, transit time, port rotation, or similar service features²⁰.

On peut noter dès à présent une modification de la définition que sous-tend un changement de perspective de la part du législateur américain : on n’y mentionne plus expressément les conférences en tant qu’unique structure de regroupement des transporteurs. En effet, l’une des mesures de l’OSRA a été d’apporter des modifications substantielles au pouvoir de contrôle des taux de fret par les conférences maritimes (2). Par ailleurs, tel que nous allons l’exposer, l’OSRA abroge le principe d’égalité de traitement des chargeurs et instaure, à la place, un principe de confidentialité (1). Ces deux modifications sont présentées comme les pierres angulaires de l’OSRA²¹.

1. Renforcement du principe de confidentialité des contrats de service

L’OSRA remplace le principe d’égalité de traitement des chargeurs par celui de la confidentialité des stipulations du contrat. Les taux de fret doivent toujours être enregistrés auprès de la FMC sans qu’ils soient rendus publics. De même, ne sont pas rendues publiques les clauses relatives aux parties au contrat, aux engagements spécifiques pris par celles-ci, ainsi que les clauses pénales²². Sont divulgués uniquement les renseignements relatifs : à l’ensemble des ports d’origine et de destination; au type de marchandises transportées; au volume minimum de marchandises transportées; et à la durée du contrat de service.

Par ailleurs, le principe de confidentialité vient mettre fin au mécanisme *me too*. Pour autant, est maintenu le principe de non-discrimination des chargeurs même si, en l’absence de divulgation

20. *Ocean Shipping Reform Act*, Pub L No 105-258, § 102(19), 112 Stat 1902 à la p 1903 (1998).

21. Federal Maritime Commission, *The Impact of The Ocean Shipping Reform Act of 1998*, FMC, septembre 2001 à la p 8, en ligne : <www.fmc.gov/assets/1/page/osra_study.pdf> [FMC].

22. Hou, *supra* note 16 à la p 65.

des renseignements et du mécanisme *me too*, il est difficile de déterminer si un transporteur n'a pas respecté ce principe de non-discrimination et de le prouver. Cela n'a d'ailleurs pas manqué de raviver le débat sur la nécessité de supprimer l'immunité antitrust dont jouissent les conférences maritimes²³.

Le principe de confidentialité a bouleversé les rapports contractuels entre les chargeurs et les transporteurs, lesquels ne se focalisent plus uniquement sur les renseignements disponibles sur le marché ou encore sur les offres de tarifs proposées par les concurrents. Une nouvelle dimension s'y ajoute, celle de la nécessité d'avoir un contrat qui réponde non seulement aux conditions tarifaires des parties, mais également aux besoins de services. Le contrat de service est ainsi dit « sur mesure » et permet de discuter librement des objectifs commerciaux²⁴. La confidentialité a été largement exploitée par les parties. La FMC a relevé que cette exigence était fixée avant même l'entrée en négociation des parties. Dans certains cas, elle était étendue à une tierce partie au contrat de service ou encore était accompagnée d'une clause pénale qui en sanctionnait le non-respect²⁵.

Prenant acte des critiques exprimées contre le régime de faveur dont jouissaient les conférences, un second palier de réforme a été introduit dans l'OSRA : le renforcement des actions indépendantes.

2. *Renforcement des independent actions et affaiblissement de la mainmise des conférences maritimes sur les contrats de service*

Le système des conférences maritimes et, notamment, l'immunité antitrust dont elles bénéficiaient ont été pendant longtemps discutés et critiqués aux États-Unis²⁶. L'un des principaux objectifs de l'OSRA était de favoriser les *independent actions* des membres de ces conférences.

23. Lewis et Vellenga, *supra* note 18 à la p 31.

24. Après l'entrée en vigueur de l'OSRA, la FMC, *supra* note 21 à la p 22, a relevé ce qui suit dans son rapport :

Shippers and carriers advise that they can discuss and address commercially sensitive issues more freely, and privately structure their contracts accordingly. Respondents note that greater emphasis is placed on the skill of conducting negotiations to achieve business objectives. In their comments, shippers and carriers reported that confidentiality has created a more favorable contracting process in which it is easier to accommodate specific rate discounts and terms.

25. *Ibid* à la p 21.

26. Sur les divers points de discussion du système des conférences maritimes avant l'OSRA, voir Richard L Clarke, « An Analysis of the International Ocean Shipping Conference System » (1997) 36:4 Transp J 17 à la p 17.

La marge de manœuvre des conférences maritimes a été réduite à la simple mise en place de « lignes directrices d'application volontaire » relatives aux stipulations et conditions des contrats de service auxquels leurs membres sont parties. Les conférences ne peuvent plus :

- interdire ou restreindre l'utilisation des contrats de service par leurs membres;
- imposer à leurs membres de divulguer les termes des négociations ou les clauses des contrats qu'ils auraient pu conclure;
- adopter des règles impératives allant à l'encontre du droit des membres de négocier ou de conclure un contrat de service²⁷.

L'interdiction de toute interférence met fin à la pratique des conférences consistant à imposer à leurs membres de passer des contrats de service communs²⁸. Les membres peuvent conclure des contrats de service, applicables à plusieurs voies commerciales, de manière indépendante et en toute confidentialité. L'opportunité d'augmenter le nombre de contrats a encouragé les membres des conférences à sortir du cadre qui leur était imposé quant aux prix et aux services. L'OSRA a de ce fait permis une hétérogénéité des offres de transport sur les lignes maritimes²⁹.

L'extension de la possibilité de conclure des contrats de service communs à tout regroupement de transporteurs est un autre élément qui a affaibli les conférences maritimes³⁰. Puisque les contrats de service peuvent être appliqués à diverses voies commerciales et que chaque conférence maritime se limite à une voie bien précise, les conférences se sont trouvées concurrencées par d'autres types d'accords de groupement tels que les accords d'alliances maritimes³¹ ou encore les accords avec des transporteurs aériens ou terrestres³².

27. Lewis et Vellenga, *supra* note 18 à la p 29.

28. *Ibid* aux pp 29–30.

29. James D Reitzes et Kelli L Sheran, « Rolling Seas in Liner Shipping » (2002) 20:1 Rev Ind Organ 51 aux pp 51–55.

30. FMC, *supra* note 21 à la p 8.

31. Reitzes et Sheran, *supra* note 29 à la p 55.

32. Luis Ortiz Blanco, *Shipping Conferences Under EC Antitrust Law: Criticism of a Legal Paradox*, Oxford: Portland (Or), Hart, 2007 à la p 45 note:

Another important aspect of the 1998 amendments relates to the collective negotiation between carriers and railways, road transport companies or airlines for the carrying out of

Ces changements ont eu un effet considérable sur les conférences. Leur nombre a chuté depuis l'entrée en vigueur de l'OSRA, alors que celui des *discussion agreements* et des alliances a fortement augmenté³³.

Nous pouvons donc constater que le principe de confidentialité et les limites imposées au système de conférences ont donné tout son sens à la liberté contractuelle. Cette liberté de négociation a profondément modifié le secteur du transport maritime. De nouvelles structures de regroupement sont apparues et l'offre de transport s'est diversifiée. Ces changements ont largement bénéficié aux gros chargeurs qui peuvent ainsi librement négocier les clauses de leurs contrats et imposer leurs conditions³⁴ du fait de l'importance des volumes de marchandises qu'ils expédient. Malgré les avantages que le contrat de service a pu représenter aux États-Unis, sa transposition à l'échelle internationale au moyen du concept de contrat de volume s'est heurtée à de vives critiques qui ont donné lieu à un strict encadrement de la liberté contractuelle.

II. INTRODUCTION DU CONTRAT DE VOLUME OU AMORCE D'UNE LIBERTÉ CONTRACTUELLE « ENCADRÉE » EN MATIÈRE DE TRANSPORT MARITIME INTERNATIONAL

La proposition de la délégation américaine d'introduire le contrat de volume en droit maritime international a soulevé un débat houleux entre, d'un côté, les partisans de l'*impérativité* juridique favorisant l'*équité* entre chargeurs et transporteurs et, de l'autre côté, les partisans de la *liberté contractuelle* privilégiant la *flexibilité* nécessaire aux organisations industrielles mondialisées (A). Afin de réconcilier la nécessité d'encadrer la responsabilité du transporteur et l'introduction du concept de contrat de volume qui permet d'y déroger, plusieurs dispositions ont été ajoutées aux Règles de Rotterdam (B). Celles-ci

transport operations within the USA. Whereas under the original Shipping Act 1984 such negotiation was totally prohibited, the new rules are not as stringent. Thus, as long as any negotiations and possible subsequent agreement comply with the antitrust laws and are compatible with the objectives of the Shipping Act 1984, there is no blanket ban on maritime carriers negotiating collectively with other inland or air carriers.

33. FMC, *supra* note 21 aux pp 24–25.

34. Mukherjee et Bal, « A Legal and Economic Analysis », *supra* note 14 à la p 588.

font de l'impérativité le principe et de la liberté contractuelle, l'exception « très encadrée »³⁵.

A. Controverse entourant la résurrection de la liberté contractuelle par l'introduction du contrat de volume

Le principe de l'impérativité juridique est rappelé avec force à l'article 79 des Règles de Rotterdam³⁶. Ces Règles suivent ainsi la tradition instituée par les Règles de La Haye, les Règles de La Haye-Visby ou encore les Règles de Hambourg. L'article 79 interdit toute clause limitant ou éludant les obligations ou la responsabilité du transporteur. Cependant, il faut relever que les interdictions sont plus étendues que celles prévues dans les précédentes conventions internationales. D'abord, la restriction ne concerne pas seulement le transporteur, puisqu'elle est également applicable aux obligations et aux responsabilités du chargeur³⁷. La restriction est dite *two-way mandatory*³⁸. Ensuite, l'article 79 ne vise pas seulement les clauses relatives à la responsabilité, mais également celles concernant les « obligations » respectives des deux parties.

Cette impérativité est ensuite atténuée par la fixation de règles spéciales propres au contrat de volume afin de répondre au besoin de

35. Le professeur Delebecque parle même de « petite révolution » concernant la dérogation que constitue le contrat de volume par rapport à l'impérativité traditionnelle en droit maritime international; Philippe Delebecque, « Le projet de Convention sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer (Projet CNUDCI – UNCITRAL) » [2007] 13 *Gaz Chamb Arbitr Marit Paris* 1 à la p 2.

36. L'article 79(1) prévoit que:

Sauf disposition contraire de la présente Convention, toute clause d'un contrat de transport est réputée non écrite dans la mesure où elle:

- a) écarte ou limite directement ou indirectement les obligations du transporteur ou d'une partie exécutante maritime prévues dans la présente Convention;
- b) écarte ou limite directement ou indirectement la responsabilité du transporteur ou d'une partie exécutante maritime pour manquement à une obligation prévue dans la présente Convention.

37. L'article 79 (2) prévoit que:

Sauf disposition contraire de la présente Convention, une clause d'un contrat de transport est réputée non écrite dans la mesure où elle:

- a) écarte, limite ou étend directement ou indirectement les obligations du chargeur, du destinataire, de la partie contrôlante, du porteur ou du chargeur documentaire prévues dans la présente Convention; ou
- b) écarte, limite ou accroît directement ou indirectement la responsabilité du chargeur, du destinataire, de la partie contrôlante, du porteur ou du chargeur documentaire pour manquement à l'une quelconque de ses obligations prévues dans la présente Convention.

38. Carlson, *supra* note 6 à la p 271.

souplesse qui caractérise les accords portant sur des services réguliers. Il faut d'ores et déjà insister sur le fait que cet assouplissement n'est prévu que pour le contrat de volume conclu dans le cadre des transports de lignes régulières³⁹. À cet égard, l'article 80(1) pose le principe de la liberté contractuelle en ces termes :

Nonobstant l'article 79, dans les relations entre le transporteur et le chargeur, un contrat de volume auquel s'applique la présente Convention peut prévoir des droits, obligations et responsabilités plus ou moins étendus que ceux énoncés dans cette dernière.

Selon ses fervents défenseurs, deux arguments justifient la résurrection de la liberté contractuelle :

- le constat d'un équilibre des pouvoirs de négociation des parties dans le cadre particulier de ces contrats, lesquels se caractérisent par une *collaboration étroite* entre parties ayant une importance commerciale équivalente⁴⁰ ainsi qu'une bonne connaissance des règles du commerce international⁴¹;
- le recours effectif est de plus en plus important à ce type de contrat dans la pratique⁴².

39. Anastasiya Kozubovskaya-Pellé, « Le contrat de volume et les Règles de Rotterdam » [2010] 712 DMF 175 à la p 179.

40. Chester D Hooper, « Forum Selection and Arbitration in the Draft Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, or the Definition of *fora conveniens* Set Forth in the Rotterdam Rules » (2009) 443 Tex Intl LJ 417 à la p 420.

41. À l'appui de sa proposition (CNUDCI, *supra* note 8 à la p 9 au para 27), la délégation américaine a avancé que :

l'instrument traitera presque exclusivement d'entreprises qui connaissent bien les règles des échanges internationaux. Les acheteurs et les vendeurs de marchandises doivent avoir des connaissances de base en matière commerciale pour s'occuper des commandes et des conventions de vente, de logistique, de transfert de propriété, d'emballage, de droits de douane, de sécurité, de lettres de crédit et d'autres documents financiers, de garanties et d'assurance.

42. Diamond, *supra* note 10 à la p 148. Selon l'auteur, les nouvelles Règles de Rotterdam risqueraient d'ailleurs de renforcer cette tendance. Concrètement et comme l'explique A Kozubovskaya-Pellé, *supra* note 39 à la p 176 :

Le contrat de volume se noue en général entre un industriel-exportateur, soucieux de s'assurer de la capacité nécessaire au transport de marchandises qu'il s'oblige à tenir disponibles selon un échelonnement convenu, et un armateur (ou un intermédiaire) qui s'engage à fournir cette capacité de transport par des navires de caractéristiques définies. Le contrat de volume est couramment utilisé par les acheteurs aux conditions FOB qui, en vertu d'un contrat de vente à long terme, souhaitent garantir la satisfaction de leurs besoins de tonnage et gérer les risques liés au fret. Ce type de contrat est conclu, par exemple, pour l'acheminement de la récolte au fur et à mesure que les fruits ou légumes arrivent à maturité.

Ces arguments n'ont pas pour autant emporté l'unanimité. Bien au contraire, la liberté contractuelle incarnée par le contrat de volume a fait l'objet d'un flot de critiques, à commencer par sa définition.

Le contrat de volume a été défini 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 fourchette⁴³.

La liberté ainsi octroyée aux parties pour fixer contractuellement la quantité de marchandises, le nombre d'expéditions, ainsi que la durée de ces dernières a suscité une crainte relative à l'application effective des Règles de Rotterdam. En effet, si la grande majorité des contrats entraient dans la catégorie « contrat de volume », cela réduirait, dans les faits, les cas d'application de la Convention⁴⁴. De manière plus concrète, les opposants à cette catégorie de contrats craignent que les transporteurs se mettent à proposer des taux de fret moins élevés en contrepartie d'un allègement de leur responsabilité afin d'appâter les chargeurs et de les persuader de conclure un contrat de volume. Cela rappelle la pratique du connaissance alternatif jadis proposée par les armateurs français et dont le résultat fut que les chargeurs optaient davantage pour le connaissance contenant moins de garanties, mais avec un fret moins élevé⁴⁵. Les opposants rappellent ainsi le risque d'un contournement des dispositions des Règles de Rotterdam, qui nuirait non seulement à l'effectivité de la Convention, mais donnerait lieu, en plus, à un abus de la part des transporteurs.

En effet, c'est surtout la protection des petits chargeurs qui a longuement préoccupé les rédacteurs des Règles de Rotterdam. Faisant référence au spectre de la *negligence clause* autrefois insérée dans les connaissances maritimes au nom de la liberté contractuelle, certaines délégations ont soulevé la crainte que le contrat de volume donne lieu à des abus de la part des transporteurs à l'égard des petits chargeurs

43. Art 1(2) Règles de Rotterdam.

44. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Droit des transports: élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]: Proposition commune de l'Australie et de la France sur la liberté contractuelle dans le cadre des contrats de tonnage*, A/CN.9/612, CNUDCI, 2006 à la p 3 aux para 7-11, en ligne: <documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/542/56/PDF/V0654256.pdf?OpenElement>.

45. Hou, *supra* note 16 à la p 32.

dont le pouvoir de négociation est moindre⁴⁶. Dans ce sens, notons que, à la suite de l'introduction de la notion de contrat de service aux États-Unis, la FMC a constaté quelques abus relatifs à une hausse considérable des taux de fret au détriment des petits chargeurs et des *Non-Vessel-Operating Common Carrier* (NVOCC)⁴⁷. Par ailleurs, comparant le contrat de service et le contrat de volume, Wei Hou constate une différence quant au degré de liberté laissé aux parties. Selon cet auteur, la notion américaine de contrat de service permet, certes, une liberté contractuelle en matière de fixation des taux de fret, mais ne va pas jusqu'à autoriser une dérogation totale aux obligations et responsabilités fixées par le régime impératif⁴⁸. La liberté de négociation dans le contrat de volume semble par conséquent plus étendue que dans le contrat de service au sens américain. En outre, critiquant le concept de contrat de volume, le professeur Delebecque estime que :

pour négocier, il faut en avoir le temps et la capacité. Or si les industriels ont la capacité de négocier et les structures pour le faire, ils n'en ont pas toujours le temps. À l'inverse, les chargeurs plus modestes en auraient le temps, mais le plus souvent les moyens leur font défaut⁴⁹.

Enfin, mentionnons que lors des débats portant sur l'*Ocean Shipping Reform Act*, les mêmes craintes relatives au traitement des chargeurs de taille modeste avaient été soulevées du fait de la suppression du principe de traitement égalitaire des chargeurs⁵⁰, pourtant considéré comme capital lors de l'introduction du *contrat de service* en 1984.

46. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Droit des transports. Rapport du Groupe de travail III*, 14^e sess, A/CN.9/572, CNUDCI, 2004 à la p 28 au para 100, en ligne : <www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CN.9/572> [CNUDCI, *Groupe de travail III*].

47. Federal Maritime Commission (FMC), *FMC Authorizes Actions Based on Transpacific Fat Finding Investigation*, Washington (DC), 20573, FMC, 1999, en ligne : <www.fmc.gov/news/default.aspx?CategoryId=1&Month=3&Year=1999&Archive=y&ArticleId=510>.

48. Hou, *supra* note 16 à la p 98.

49. Philippe Delebecque, « Contrats de "service". Quelle qualification? », *Gaz Chamb Arbitr Marit Paris* 2004.4.1, 1.

50. Christopher B Clott, « Ocean Freight Intermediaries: An Analysis of Non-Vessel Operating Common Carriers (NVOCC's) and Maritime Reform » (2000) 40:2 *Transp J* 17 à la p 18 note ainsi : *As the new law was enacted it was highly uncertain what the ramifications would be for shippers and various facets of the maritime community. Large shippers, booking vast quantities of ocean freight with vessel operators, would at last be able to pursue the supply chain ideas of global contracts that efficiently move cargo at favorable volume rates. Smaller shippers, on the other hand, were thought to possibly be at a disadvantage under the new law since they would not have the leverage to negotiate favorable volume discounts on freight rates that a large shipper would have. Similar to previous efforts at transportation deregulation, it was argued that many ocean carriers would either merge or go out of business in a newly competitive environment.*

Cependant, il faut également signaler qu'à la suite de l'entrée en vigueur de l'OSRA, des chargeurs de ce type se sont regroupés dans des associations (*shipper's association*)⁵¹ ou bien ont formé des comités (*council shippers*)⁵². Le recours à ces deux types de structures permet de regrouper les marchandises de plusieurs chargeurs de petite ou de moyenne taille pour constituer un volume d'expédition assez important et améliorer ainsi leur pouvoir de négociation lors de la conclusion des contrats de service⁵³. En agissant collectivement, les chargeurs de moindre taille peuvent obtenir des taux de fret plus avantageux que s'ils recourent individuellement à un transporteur. Hormis la baisse du taux de fret, cette stratégie présente plusieurs autres avantages liés à la large gamme de services logistiques proposée et à l'accès à une compétence commerciale dont ne disposent pas toujours les petits chargeurs isolément. En définitive, on peut penser que le contrat de volume pousserait les petits chargeurs voulant en bénéficier à la concentration. Pourtant, contrairement au contrat de service américain⁵⁴, la possibilité pour plusieurs chargeurs de conclure un contrat de volume n'est pas expressément énoncée dans la définition de celui-ci. Sur ce point, l'auteur Wei Hou considère que cette possibilité n'est pas à exclure⁵⁵.

51. Selon John J Coyle et al, *Transportation: A Supply Chain Perspective*, Australia: Mason (Oh), South-Western Cengage Learning, 2011 à la p 492, une association de chargeurs est :

A non profit, cooperative consolidator and distributor of shipments owned or shipped by member firms; acts much as the same way as for-profit freight forwarders.

52. Selon Figuière et al, *supra* note 13 à la p 152, un comité de chargeurs est : une organisation professionnelle regroupant les principaux chargeurs. Elle définit la politique de ceux-ci et la défend auprès des transporteurs, du conseil d'administration des ports, des assureurs et des chambres de commerce et d'industrie. Son poids et son action sont déterminants dans la négociation des tarifs de fret.

53. Hayden G Stewart et Fred S Inaba, « Ocean Liner Shipping: Organizational and Contractual Response by Agribusiness Shippers to Regulatory Change » (2003) 19:4 *Agribus* 459 à la p 463.

54. 46 US Code § 40102(20) :

The term "service contract" means a written contract, other than a bill of lading or receipt, between one or more shippers, on the one hand, and an individual ocean common carrier or an agreement between or among ocean common carriers, on the other, in which: (A) the shipper or shippers commit to providing a certain volume or portion of cargo over a fixed time period; and (B) the ocean common carrier or the agreement commits to a certain rate or rate schedule and a defined service level, such assured space, transit time, port rotation, or similar service features.

55. Hou, *supra* note 16 à la p 96 estime en effet que :

afin de renforcer le pouvoir de négociation vis-à-vis des transporteurs, des chargeurs peuvent conclure un contrat de volume avec un transporteur. Il semble que toutes les clauses exonératoires ou dérogoires s'appliquent aux rapports entre chaque chargeur et le transporteur dans un transport individuel.

La controverse portant sur le contrat de volume tient également au champ d'application des Règles de Rotterdam et, notamment, à l'introduction d'une nouvelle approche dite « commerciale ». Trois approches ont été proposées par les membres du Groupe de travail. Les uns proposaient de reprendre *l'approche documentaire* des Règles de La Haye-Visby⁵⁶, alors que les autres optaient plutôt pour *l'approche contractuelle* présente dans les Règles de Hambourg⁵⁷. Cependant, considérant ces deux approches désuètes du fait de l'apparition de nouveaux types de contrats, d'autres voix se sont élevées pour proposer une autre approche : *l'approche commerciale*. Dans le cadre de cette dernière, le régime impératif s'appliquerait à tous les contrats de service réguliers de transport, excluant ainsi le *tramping*⁵⁸. *L'approche commerciale* a

56. On a considéré qu'il fallait s'en tenir à l'approche documentaire qui est bien ancrée dans la pratique. Cette approche est celle adoptée par les Règles de La Haye-Visby. La notion de contrat de transport et l'application de ces Règles sont directement liées au document délivré : un connaissement ou tout document similaire au connaissement. L'article 1(b) des Règles de La Haye-Visby prévoit que la notion de contrat de transport :

s'applique uniquement au contrat de transport constaté par un connaissement ou par tout document similaire formant titre pour le transport des marchandises par mer; il s'applique également au connaissement ou document similaire émis en vertu d'une charte-partie à partir du moment où ce titre régit les rapports du transporteur et du porteur du connaissement.

Voir Francesco Berlingieri, *A Comparative Analysis of The Hague-Visby Rules, The Hamburg Rules and The Rotterdam Rules*, United Nations Commission on International Trade Law, 2001 à la p 2, en ligne : <www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/Berlingieri_paper_comparing_RR_Hamb_HVR.pdf>. L'avantage de cette approche est l'application automatique du régime de responsabilité impératif. Cependant, elle n'est plus en adéquation avec les évolutions commerciales actuelles. Le connaissement ou les documents similaires ne sont plus forcément utilisés dans le contexte moderne des échanges internationaux. Sur le sujet, voir CNUDCI, *Groupe de travail III*, *supra* note 46 à la p 23 au para 84. Voir également Hou, *supra* note 16 aux pp 127-29.

57. L'approche contractuelle était considérée par d'autres comme la plus pertinente juridiquement. Le régime de responsabilité impératif s'applique dès l'émission d'un contrat de transport de marchandises, mais sont exclus du champ d'application les documents de transport basés sur une charte-partie. Cette exclusion rejoint ainsi l'approche précédente. On a tout de même soulevé le fait que cette approche risque d'exclure de nombreux contrats relevant du transport régulier. Il est indéniable que le transport maritime est principalement conteneurisé et est assuré en lignes régulières; Berlingieri, *supra* note 56 à la p 4; Philippe Delebecque, « L'évolution du transport maritime. Brèves remarques » (2009) 61 *Droit Marit Fr* 16 à la p 18 [Delebecque, « L'évolution du transport »]; Hou, *supra* note 16 à la p 129.

58. Selon Figuière et al, *supra* note 13 à la p 169, le *tramping* est : la navigation pratiquée par les navires non affectés à une ligne régulière. Les marchandises transportées par ces navires font généralement l'objet d'une charte-partie au voyage ou d'une charte-partie partielle.

Notons que le transport de lignes régulières et le *tramping* diffèrent à plusieurs égards : dans le cas du *liner shipping*, les navires sont programmés selon une certaine fréquence de transport pour un itinéraire donné. Par contre, dans le *tramping*, aucun service régulier n'est programmé, le navire étant affrété pour une période de temps ou pour un voyage. Par ailleurs, dans le cas du *liner shipping*, la grande majorité des navires actuels sont des porte-conteneurs de différents

pour objectif de prendre en considération les pratiques commerciales modernes des lignes régulières et d'éviter « d'avoir à définir de façon exhaustive tous les types possibles de contrats auxquels s'appliquerait le projet d'instrument »⁵⁹. Pour autant, les tenants de l'approche contractuelle sont restés sceptiques quant à la pertinence juridique de l'approche commerciale basée sur la notion de ligne⁶⁰. Le chapitre 2 des Règles de Rotterdam (arts 5 à 7) traduit finalement un consensus sur ces propositions. L'article 6 reprend les trois approches et dispose de ce qui suit :

1. La présente Convention ne s'applique pas aux contrats ci-après dans le transport de ligne régulière :
 - a) les chartes-parties; et
 - b) les autres contrats d'utilisation de tout ou partie d'un navire.
2. La présente Convention ne s'applique pas aux contrats de transport dans le transport autre que de ligne régulière. Elle s'applique néanmoins :
 - a) en l'absence, entre les parties, de charte-partie ou autre contrat d'utilisation de tout ou partie d'un navire; et
 - b) en cas d'émission d'un document de transport ou d'un document électronique de transport⁶¹.

tonnages et tailles, qui permettent de transporter de grandes quantités de marchandises de natures variées. Il s'agit de marchandises à valeur ajoutée, c'est-à-dire des produits finis ou semi-finis. En revanche, dans le cas du *tramping*, le navire ne transporte qu'une seule et même variété de marchandises en grande quantité. Il s'agit des *bulkers* ou *tankers* spécialisés respectivement dans le vrac sec ou liquide. Voir Francesco Munari, « Competition in Liner Shipping » dans Jürgen Basedow, Ulrich Magnus et Rüdiger Wolfrum, dir, *The Hamburg Lectures on Maritime Affairs 2009 & 2010*, Berlin : New York, Springer, 2012, 3 à la p 3.

59. CNUDCI, *Groupe de travail III*, *supra* note 46 à la p 24 au para 86.

60. Selon Delebecque, « L'évolution du transport », *supra* note 57 à la p 18, défenseur de l'approche contractuelle, la notion de ligne n'est pas significative et manque de pertinence :

les armateurs ont en effet un libre choix pour organiser le transport par la route qu'ils jugent la plus appropriée et pour transborder si nécessaire. De plus, sur une prétendue ligne Le Havre-Singapour, sur 100 conteneurs chargés au Havre, 10 iront peut-être à Singapour et les autres seront entre-temps éclatés sur diverses destinations.

61. Selon Hou, *supra* note 16 à la p 143, le champ d'application des Règles de Rotterdam s'interprète comme suit :

le présent instrument s'applique au document de transport émis dans la ligne régulière, quelle que soit la négociabilité du document, y compris le connaissement, le *seaway bill*, etc.; le présent instrument s'applique au document de transport émis dans le transport autre que de ligne régulière lorsque le porteur n'est pas une partie initiale d'une charte-partie, contrat de tonnage (COA) et autres contrats exclus; le présent instrument ne s'applique pas à l'affrètement d'espace et aux autres contrats d'utilisation de tout ou partie

La base contractuelle a ainsi été modernisée autour de la notion de ligne et de la reconnaissance du document électronique. Cependant, pour créer un consensus définitif sur ces principaux piliers du contrat de volume (approche commerciale et liberté contractuelle), il a fallu prévoir quelques garde-fous. La validité du contrat de volume repose en effet sur des conditions cumulatives.

B. Fixation des conditions de validité du contrat de volume pour créer un consensus à l'échelle internationale

Finalement, pour mettre un terme aux controverses qu'a suscitées l'introduction du contrat de volume, l'article 80(2) fixe quatre conditions cumulatives de validité à ce type de contrat :

2. Une dérogation conforme au paragraphe 1 du présent article n'a force obligatoire que si :

- a) le contrat de volume énonce de manière apparente qu'il déroge à la présente Convention;
- b) le contrat de volume i) a fait l'objet d'une négociation individuelle, ou ii) indique de manière apparente lesquelles de ses clauses contiennent les dérogations;
- c) le chargeur est mis en mesure de conclure un contrat de transport conformément aux dispositions de la présente Convention sans aucune dérogation telle qu'admise par le présent article et est informé de cette possibilité; et
- d) la dérogation n'est ni i) incorporée par référence ni ii) contenue dans un contrat d'adhésion, non soumis à négociation.

Ces conditions ont pour objectif de prévenir tout abus de la part de la partie jouissant d'un pouvoir de négociation important et de veiller à une réelle liberté de négociation des conditions contractuelles. L'accent est mis sur la nécessité d'informer les parties et, notamment le chargeur, de la nature du contrat et de la possibilité qui s'offre à lui de choisir de déroger ou non au régime impératif des Règles de Rotterdam.

d'un navire de ligne régulière; le présent instrument s'applique aux autres contrats de ligne régulière ayant pour objet de transporter la marchandise, notamment le contrat de service ou le contrat de volume.

Ainsi, le transporteur doit faire figurer clairement une mention en ce sens dans le contrat de volume⁶².

En outre, s'il fait le choix de déroger au régime impératif, le chargeur doit être mis au courant des dérogations visées et de la liberté de les négocier⁶³, la solution de rechange à cette condition étant l'existence de négociations individuelles et mutuelles entre les parties. Autrement dit, lorsque le transporteur indique clairement dans le contrat de volume les clauses dérogatoires au régime impératif, il n'est pas nécessaire de procéder à des négociations individuelles⁶⁴. Pour autant, les dérogations ne doivent pas se faire par incorporation dans un autre document ou par le recours à un contrat d'adhésion⁶⁵, le but étant que chacune des parties en prenne effectivement connaissance et puisse en mesurer l'étendue.

Par ailleurs, en plus de ces quatre conditions, l'article 80(3) exclut expressément certains documents rédigés de manière unilatérale⁶⁶.

62. Selon Hou, une clause indiquant « Le présent contrat de volume déroge aux Règles de Rotterdam », insérée en couleurs dans chaque page du contrat, suffirait à remplir la condition de forme de l'article 80(2)a), *ibid* à la p 166.

63. Il s'agit non seulement d'informer le chargeur de la possibilité de déroger ou non au régime impératif, mais aussi de lui donner réellement la possibilité de conclure un contrat de transport classique ou un contrat de volume. La charge de prouver qu'une telle information a été effectivement fournie au chargeur incombera au transporteur. Cette condition constitue l'introduction de la *fair opportunity doctrine* du droit américain; voir *ibid* à la p 170. Sur l'interprétation de cette doctrine en droit américain, voir Maria-Eleftheria Katsivela, *Multimodal Carrier Liability in the US and Canada: Towards Uniformity of Applicable Rules?*, Montréal, Université de Montréal, 2003 à la p 160.

64. Ce serait l'interprétation la plus plausible à donner à la condition de l'article 80(2)b), qui prévoit: « Le contrat de volume i) a fait l'objet d'une négociation individuelle, **ou** ii) indique de manière apparente lesquelles de ses clauses contiennent les dérogations » [nos caractères gras]. Dans le même sens, voir Hou, *supra* note 16 à la p 172.

65. Concernant cette condition, Francesco Berlingieri, « Freedom of Contract Under the Rotterdam Rules » (2009) 14:4 Unif L Rev 831 à la p 840 [Berlingieri, « Freedom of Contract »], précise:

it appears that in order for a contract not to fall within the category of contracts of adhesion it is not sufficient for certain clauses, such as the freight rate, to be subject to negotiation, while others are not. If a contract form is submitted to the shipper with some blank spaces, relating to quantities, number and period of shipments and freights rates, but all other terms are in print, the contract would fall within the category of contracts of adhesion.

Sur l'ensemble de ces conditions, voir également Kozubovskaya-Pellé, *supra* note 39 à la p 181.

66. L'article 80(3) dispose:

Un barème public de prix et de services d'un transporteur, un document de transport, un document électronique de transport ou un document similaire n'est pas un contrat de volume aux fins du paragraphe 1 du présent article. Un contrat de volume peut néanmoins incorporer ces documents par référence en tant que clauses contractuelles.

En outre, notons que l'article 80(4)⁶⁷ fixe des règles dites « superimpératives » (*super mandatory rules*)⁶⁸. Il s'agit du noyau central des Règles de Rotterdam, relatif aux obligations fondamentales des deux parties et auxquelles elles ne peuvent déroger : celles du transporteur, à savoir l'obligation d'exercer une diligence raisonnable pour mettre et maintenir le navire en état de navigabilité (art 14) et la déchéance de son droit à la limitation de responsabilité en cas de préjudice résultant d'un manquement à ses obligations, imputable à un acte ou à une omission personnels commis soit dans l'intention de causer ce préjudice, soit témérement et en étant conscient que ce préjudice en résulterait probablement (art 61); et celles des chargeurs quant à la fourniture des renseignements, des instructions et des documents nécessaires au transporteur (art 29) ainsi que leurs obligations d'information, de marquage et d'étiquetage conformément à la réglementation relative aux marchandises dangereuses (art 32).

Ce dispositif encadrant la liberté contractuelle a pour objet la protection de la partie la plus faible. Il s'agit de contrebalancer les effets de la définition du contrat de volume jugée très large. En effet, puisque la définition ne fixe aucune quantité minimale de marchandises, le contrat de volume pourrait être utilisé pour le transport de petites quantités de marchandises ou d'un petit nombre de conteneurs.

Pourtant, ce dispositif nous laisse perplexe quant à son efficacité. Le pouvoir de négociation d'un chargeur dépend avant tout de la quantité d'expéditions proposée au transporteur. Il est donc difficile de concevoir qu'un chargeur de petite taille ait un intérêt véritable à recourir au contrat de volume⁶⁹, et ce, malgré les garde-fous instaurés par les Règles de Rotterdam. De fait, il nous paraît évident que les contrats de volume bénéficieront aux gros chargeurs ayant la capacité d'expédier un volume de marchandises important et de manière régulière⁷⁰. Ces contrats sont faits pour eux. Les petits chargeurs n'en tireront aucun bénéfice individuel et leur pouvoir de négociation ne s'en trouvera

67. L'article 80(4) prévoit :

Le paragraphe 1 du présent article ne s'applique pas aux droits et obligations prévus aux articles 14, alinéas a et b, 29 et 32 ou à la responsabilité en découlant. Il ne s'applique pas non plus à la responsabilité résultant d'un acte ou d'une omission visés à l'article 61.

68. Mukherjee et Bal, « A Legal and Economic Analysis », *supra* note 14 à la p 598.

69. Berlingieri, « Freedom of Contract », *supra* note 65 à la p 839.

70. Sabena Hashmi, « The Rotterdam Rules: A Blessing ? » (2012) 10 *Loyola Marit LJ* 227 à la p 264.

aucunement renforcé⁷¹. Les petits chargeurs devront se regrouper et se tourner vers les intermédiaires de transport (*freight forwarders*, commissionnaires, NVOCC ou, plus généralement, *third-party logistics providers*), qui procèdent à la consolidation (groupage) des marchandises pour obtenir un plus large volume d'expéditions sur des périodes régulières, et négocier ainsi des taux de fret plus bas avec les transporteurs⁷². La difficulté viendrait peut-être du fait que ces intermédiaires, qui bénéficient également du contrat de volume⁷³, visent eux aussi à créer ou à maintenir des relations plus étroites avec les gros chargeurs. L'avantage concurrentiel des transporteurs et des *third-party logistics providers* repose sur leur capacité à répondre aux besoins des gros chargeurs et à faire partie du nombre restreint de leurs prestataires. Il faut en effet insister sur le fait que le contrat de volume constitue avant tout un outil « marketing » pour les « prestataires de transport » qui ont pour ambition de s'intégrer à la chaîne logistique des gros chargeurs,

71. Mukherjee et Bal, « A Legal and Economic Analysis », *supra* note 14 à la p 605 :

In a microeconomic sense, changes in transport costs occurring through volume contracts are indeed beneficial to the consumer and society in large. However, it is arguable that the benefit in not universal. The position of large shippers who are also large traders will be enhanced, but small shippers who are small traders will remain in the same position because they will be unable to bargain for the best possible terms of transportation due to size, scale or location. The latter will thus be at a competitive disadvantage.

72. Proshanto K Mukherjee et Abhinayan Basu Bal, « The Impact of the Volume Contract Concept on the Global Community of Shippers: The Rotterdam Rules in Perspective » (2010) 16:5 *J Int Marit Law* 352 à la p 367, estiment en outre que :

in some jurisdictions, small and medium shippers might be at a competitive disadvantage in the short-term but their long business is likely to survive as freight forwarders and shippers' associations grow stronger. However, in jurisdictions such as the United States, where such associations are already well established, small and medium shippers could start benefit immediately from the benefits of volume contracts negotiated through consolidators.

Voir également Kozubovskaya-Pellé, *supra* note 39 à la p 180, qui explique que les intermédiaires de transport :

ont un poids important face aux transporteurs. Ils sont donc plus aptes à négocier des tarifs plus attrayants. Évidemment, ils répercuteront une partie du *discount* dans leurs marges, mais l'existence d'une concurrence relativement féroce dans ce milieu semble laisser penser qu'une certaine partie de ce *discount* profitera quand même à leurs clients. Cet argument est souvent contré en soutenant que la baisse des tarifs obtenus grâce au nouveau régime des contrats de volume sera au final compensée par l'augmentation des tarifs d'assurance.

73. Richard Gluck, « Report on UNCITRAL. Part 2: Specific Provisions » (23 octobre 2008), en ligne: Forwarderlaw.com <www.forwarderlaw.com/library/view.php?article_id=528> :

Early drafts of the convention would have discriminated between ocean carriers and forwarders acting as carrier or principal (NVOCCs) by restricting derogation from the convention limits to service contracts with vessel operating ocean carriers. After intense lobbying by FIATA, its US association (TIA) and some major international logistics companies, the convention now treats all carriers, whether vessel owning or non-asset-based, equally. This was a major victory for FIATA.

pourvoyeurs d'un plus gros volume d'affaires. Cette dimension (*chaîne logistique*) ne doit pas être occultée dans l'analyse de l'*approche commerciale* sous-jacente au contrat de volume. Il est important d'étudier le contrat de volume dans le cadre de cette perspective plus large qu'est la chaîne logistique globale et intégrée, laquelle est souvent ignorée par la doctrine juridique classique.

III. CONTRAT DE VOLUME : DE L'ACTIVITÉ MARITIME AUX PRESTATIONS LOGISTIQUES

Le marché des transports, notamment maritime, a subi de profondes mutations depuis les années 50. Cette mutation est non seulement technologique avec l'avènement de la conteneurisation, mais également conceptuelle du fait de la diffusion du concept de *supply chain management* (gestion de la chaîne logistique globale et intégrée), qui offre de nouvelles occasions d'affaires aux lignes maritimes. Dans ce cadre, le contrat de volume représente une porte d'entrée dans le marché international des services logistiques, traditionnellement dominé par les intermédiaires de transport. Afin de mieux saisir les enjeux entourant le concept de contrat de volume, nous exposerons les stratégies des lignes maritimes quant au déploiement de leurs activités en dehors de la simple sphère maritime (B) pour s'adapter aux nouveaux besoins de *gestion logistique* de leurs clients chargeurs (A).

A. Demande de transport et logistique des chargeurs

Depuis le milieu des années 70, le marché est devenu plus compétitif et les entreprises font face à une crise économique ainsi qu'à une demande volatile⁷⁴ impliquant une offre diversifiée. Avec la mondialisation amorcée durant les années 70 et qui s'est accentuée dans les années 90, les entreprises deviennent internationales et pénètrent de nouveaux marchés. Elles ne se concentrent plus uniquement sur un marché local ou régional; bien au contraire, elles élaborent une stratégie mondiale. La concurrence est alors plus vive et la logistique devient cruciale en ce qu'elle crée un avantage compétitif⁷⁵ pour les multinationales, comme le précise Martin Christopher : « *leading-edge*

74. Pascal Lièvre, *La logistique*, 4^e éd, coll électronique, Paris, Presses Universitaires de France, 2010 à la p 28.

75. *Ibid* à la p 38.

*companies have realised that the real competition is not company against company, but rather supply chain against supply chain*⁷⁶.

La notion de logistique n'a cessé d'évoluer depuis son introduction dans les entreprises durant les années 60. Ces dernières années, on est passé du concept de *logistique intégrée* à celui de *supply chain management* (notion traduite par les expressions « gestion de la chaîne d'approvisionnement » ou « gestion de la chaîne logistique globale et intégrée »). Alors que la logistique regroupe plusieurs activités et sous-systèmes, l'idée fondamentale de la *chaîne logistique globale et intégrée* est d'envisager toutes les fonctions de l'entreprise non plus individuellement, mais dans leur relation et leur interaction, afin de les intégrer et de les coordonner. Une étape additionnelle dans la réflexion est marquée par la transposition dans la gestion logistique des concepts de *chaîne de valeur* et de *système de valeur*, tels qu'énoncés par Michael E Porter et dont le but est d'obtenir un avantage sur les concurrents⁷⁷. Ces concepts ont contribué à imposer l'idée d'une logistique ouverte selon laquelle l'entreprise doit interagir avec l'ensemble des acteurs se trouvant à son amont et à son aval⁷⁸. La mise en œuvre de ces concepts est favorisée par le développement des technologies de l'information, qui permettent le pilotage des flux de matières et d'information, et des flux financiers. Ainsi, le concept de *supply chain management* (SCM) met en exergue l'importance de la coordination et de la coopération entre les acteurs de la chaîne, de l'aval à l'amont. La SCM est tridimensionnelle, car elle réfère à l'ensemble des activités logistiques (*fonctions internes de l'entreprise*), à la coordination interfonctionnelle (*entre ces fonctions internes*), ainsi qu'à la coordination interorganisationnelle

76. Martin Christopher, *Logistics and Supply Chain Management: Creating Value-Adding Networks*, Harlow, Financial Times/Prentice Hall, 2011 à la p 15.

77. Michael E Porter, *L'avantage concurrentiel: comment devancer ses concurrents et maintenir son avance*, Paris, Dunod, 1999 à la p 49, conçoit l'entreprise comme un ensemble d'activités formant une « chaîne de valeur ». L'entreprise bénéficiera d'un avantage sur ses concurrents dès lors qu'elle parviendra à exécuter ses activités à un moindre coût ou bien se différenciera de ses concurrents en fournissant des éléments recherchés par le client. L'idée a ensuite été transposée par les gestionnaires d'entreprises par l'organisation de la « chaîne des opérations logistiques », l'objectif étant d'améliorer les performances de la chaîne soit en agissant sur chaque maillon (opération), soit en coordonnant les maillons. Porter ajoute à son raisonnement le concept de « système de valeur » selon lequel l'entreprise (chaîne de valeur) s'inscrit dans un environnement plus large comprenant la chaîne de valeur de ses fournisseurs et celle des réseaux de distribution. Ainsi, il existe une interdépendance entre fournisseurs-entreprise-réseaux de distribution et, de ce fait, l'avantage concurrentiel pourrait se réaliser par une coordination ou une optimisation de ce système de valeur.

78. R J Trent, « What Everyone Needs to Know About SCM » (2004) 8:2 *Supply Chain Manag Rev* 52 aux pp 52-59.

(entre la chaîne logistique de l'entreprise et celle des opérateurs externes auxquels elle a recours)⁷⁹.

Les entreprises ayant une stratégie compétitive mondiale adoptent donc la *supply chain management*, caractérisée par une approche en termes de systèmes et une orientation sur le service client. Ces entreprises considèrent leur chaîne logistique non pas comme un ensemble fragmenté d'entités, mais comme un *tout*, une entité unique. Les différents intervenants de la chaîne doivent agir de concert pour gérer les flux de produits et d'information en partant du client final au fournisseur initial. La performance de chaque partenaire influe sur celle de l'ensemble de la chaîne. La SCM suppose donc comme objectifs la convergence des capacités opérationnelles intra et interentreprises et leur synchronisation pour rationaliser les coûts, améliorer le service client et constituer une force unifiée sur le marché mondial⁸⁰.

Il va sans dire que cette nouvelle approche a des répercussions directes sur l'industrie des transports. Les flux de transport font partie des éléments essentiels de la stratégie du chargeur (son organisation industrielle et commerciale), et les transporteurs prennent progressivement conscience de la nécessité de *s'intégrer* à la logistique du client en lui offrant des services adaptés⁸¹. Le transporteur est passé du rôle de simple pourvoyeur d'une opération technique (la traction) à un véritable maillon d'une chaîne à laquelle il doit adapter son offre. Frankel résume comme suit le changement de la demande et ses implications pour le secteur des transports :

79. Ronald H Ballou, «The Evolution and Future of Logistics and Supply Chain Management» (2007) 19:4 Eur Bus Rev 332 à la p 339. Le Council of Supply Chain Management Professionals (CSCMP), *sub verbo* «Supply Chain Management Terms and Glossary», en ligne : <hcscmp.org/digital/glossary/glossary.asp>, a défini la SCM comme suit :

Supply Chain Management encompasses the planning and management of all activities involved in sourcing and procurement, conversion, and all logistics management activities. Importantly, it also includes coordination and collaboration with channel partners, which can be suppliers, intermediaries, third-party service providers, and customers. In essence, supply chain management integrates supply and demand management within and across companies. Supply Chain Management is an integrating function with primary responsibility for linking major business functions and business processes within and across companies into a cohesive and high-performing business model. It includes all of the logistics management activities noted above, as well as manufacturing operations, and it drives coordination of processes and activities with and across marketing, sales, product design, finance and information technology.

80. John T Mentzer et al, «Defining Supply Chain Management» (2001) 22:2 J Bus Logist 1 à la p 7.

81. Michel Savy, *Le transport de marchandises*, Paris, Éditions d'Organisation, 2006 à la p 50.

The time when shippers used an array of freight forwarders, truckers, clearance agents, shipping companies, railway services, etc. and various financial, freight insurance and other institutions are [sic] gone. Today major customers demand and get one-window integrated just-in-time and efficient all-inclusive door-to-door service at a predetermined price. This is what the market demands now⁸².

Sur le plan opérationnel, l'intégration de la chaîne de transport a pu être atteinte grâce à la conteneurisation, notamment dans le secteur des lignes maritimes, mais, sur le plan organisationnel, l'intégration à la *supply chain* en tant que partenaire requiert de mettre à la disposition des chargeurs un réseau de services étendu à l'échelle globale. En outre, une SCM efficace repose sur un nombre de partenaires restreint répondant aux exigences de fiabilité, de rapidité et de contrôle des flux que sous-tend, notamment, une production en *Just in Time* (JIT)⁸³. Cela signifie, pour les lignes maritimes, la desserte de diverses lignes commerciales par des navires plus grands et l'assurance d'offrir un service porte à porte et des prestations logistiques⁸⁴. En d'autres termes, pour saisir les occasions d'acquérir les parts de marché offertes par la nouvelle organisation des entreprises autour du concept de SCM et devenir plus compétitives, les lignes maritimes doivent offrir un service qui va au-delà de leur cœur d'activités. Cette stratégie de déploiement amène les lignes maritimes à entrer en concurrence directe avec les traditionnels intermédiaires de transport : *freight forwarders* et NVOCC, que l'on regroupe également sous l'appellation *third-party logistics providers* (3PL ou prestataires de services logistiques).

82. E Frankel, « Intermodal Integration » [1992] 21 Lloyd's Shipp Econ 10 à la p 10.

83. La production en JIT vise à réduire les stocks inutiles en ne produisant que ce qui est demandé, ce qui implique un flux continu de production tiré par la demande. Une telle méthode nécessite de mettre en place une organisation réactive et fiable, qui repose sur l'information provenant des différents partenaires au moyen des technologies de l'information ainsi que l'instauration de relations étroites entre ces derniers. Le transporteur doit, dans ce cadre, synchroniser les livraisons avec les besoins manifestés en aval de la chaîne (le client final, la demande), respecter les délais de livraison pour éviter des « coûts d'interruption » de la chaîne et faire face à une fréquence de livraison plus importante du fait de la réduction des lots à transporter.

84. Trevor D Heaver, « Supply Chain and Logistics Management: Implications for Liner Shipping » dans Costas Th Grammenos, dir, *The Handbook of Maritime Economics and Business*, London : Hong Kong, LLP, 2002, 375 à la p 379.

B. Déploiement des activités des lignes maritimes : du port à port vers le porte à porte... vers les services logistiques

La diffusion du concept de *supply chain management* auprès des chargeurs a poussé les lignes maritimes à étendre leur offre de services au-delà du simple service « port à port », traditionnellement proposé. Afin de demeurer compétitives, les lignes maritimes tentent de se différencier en proposant un ensemble de services liés aux besoins du client et sortent ainsi de leur activité centrale, soit le transport maritime.

L'adaptation graduelle des lignes maritimes à la *supply chain* s'est faite à l'aide de deux principales stratégies de déploiement : l'intégration horizontale et l'intégration verticale.

L'*intégration horizontale* est le fruit d'accords de regroupement. À la suite du *Shipping Act* de 1984, les conférences maritimes de petite taille se sont regroupées pour former des « superconférences » afin d'exploiter davantage de trafics maritimes. En Europe, ces accords prennent surtout la forme de consortiums⁸⁵. Les alliances globales visant l'exploitation de plusieurs trafics maritimes sont une autre forme de regroupement d'armateurs⁸⁶.

L'objectif poursuivi est la création d'une « toile » reliant les pôles économiques mondiaux (Asie orientale, Europe et Amérique du Nord), composée de réseaux maritimes globaux avec des fréquences de desserte très élevées et de fortes capacités de transport⁸⁷. Ce faisant, les compagnies maritimes tentent, d'une part, de réduire leurs coûts tout en élargissant leur marché et leurs expertises⁸⁸ et, d'autre part, de

85. Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Droit maritime*, Paris, LGDJ, 2010 à la p 241 : Les consortiums sont des groupements d'armateurs ayant pour objet la mise en commun de moyens et capacités de transport de leurs membres et la gestion coordonnée de ces moyens et capacités.

86. Sur les nouvelles formes de regroupement ou d'organisation dans le secteur des lignes maritimes, voir Joseph Monteiro et Gerald Robertson, « Shipping Conference Legislation in Canada, the European Economic Community and the United States: Background, Emerging Developments, Trends and a Few Major Issues » (1999) 26:2 *Transp Law J* 141 à la p 168.

87. Antoine Frémont, *Intégration, non-intégration des transports maritimes, des activités portuaires et logistiques : quelques évidences empiriques*, Paris, OCDE, 2009 à la p 13.

88. Daniel Coronado, « Container Traffic from an Economic Perspective: Analysis, Trends and Prospects » dans Daniel Coronado et al, dir, *Economic Impact of the Container Traffic at the Port of Algeciras Bay*, Berlin : New York, Springer, 2006, 5 à la p 21.

répondre aux impératifs de la *supply chain management* des chargeurs⁸⁹, en mettant à leur disposition un réseau de lignes commerciales.

L'intégration verticale part du constat que la chaîne logistique est constituée d'un ensemble d'activités reliées entre elles pour former un système. Un seul opérateur doit pouvoir intégrer toutes ces activités en vue d'offrir un service porte à porte. Conscientes du changement de la demande de transport et mues par l'occasion d'affaires offerte par la SCM (faire partie du nombre restreint de prestataires et, de ce fait, avoir un taux de remplissage garanti), les lignes maritimes ont décidé de proposer de nouveaux services. Concrètement, cela a donné lieu au déploiement des plus importantes lignes maritimes non seulement sur les terminaux à conteneurs, mais également sur les parties terrestres impliquées dans cette logistique des transports. La stratégie consiste à incorporer l'ensemble de la chaîne des activités impliquées dans le transport conteneurisé dont les lignes maritimes sont les spécialistes⁹⁰.

En effet, à la suite de la conteneurisation, certaines lignes maritimes se sont intéressées aux terminaux réservés et à leur exploitation pour s'assurer la disponibilité des capacités portuaires nécessaires et elles ont alors procédé à des fusions ou à des acquisitions d'opérateurs de terminaux, les intégrant ainsi à leur logistique de navire. Parallèlement à cela, les lignes maritimes ont joué un rôle prépondérant dans le développement du service de transport intermodal, notamment en Amérique du Nord⁹¹. De nos jours, les principales lignes maritimes mettent à la disposition des chargeurs un service porte à porte pour répondre à leurs besoins de rapidité et de fiabilité en intégrant des services terrestres aux activités maritimes.

L'intégration des terminaux et des services intermodaux s'est réalisée dans le cadre des compagnies elles-mêmes, ceux-ci étant naturellement liés à la logistique de conteneur et à celle de navire. Mais, pour avoir un avantage compétitif, les lignes maritimes tentent également de s'affirmer comme prestataires logistiques, y voyant une occasion d'accroître leurs profits⁹², d'autant plus que la profitabilité des

89. Pietro Evangelista et Alfonso Morvillo, «Alliances in Liner Shipping: An Instrument to Gain Operational Efficiency or Supply Chain Integration?» (1999) 2:1 Int J Logist Res Appl 21 à la p 22.

90. Coronado, *supra* note 88 à la p 20.

91. N Shashikumar et G L Schatz, «The Impact of US Regulatory Changes on International Intermodal Movements» (2000) 40 Transp J 5 à la p 6.

92. Heaver, *supra* note 84 à la p 386.

activités maritimes devient de plus en plus réduite⁹³. Par contre, il a été constaté que les lignes maritimes peinent à se déployer de la même manière dans le secteur logistique pour s'intégrer pleinement à la SCM du chargeur.

Certes, aux États-Unis, le contrat de service, tel que visé par l'OSRA, a constitué une occasion et un important outil de *marketing*. La possibilité de négocier directement et de manière confidentielle avec les chargeurs ou les associations de chargeurs a permis aux lignes maritimes d'ajuster leur offre de services aux besoins logistiques de leurs clients. Les grandes lignes maritimes ont saisi l'occasion de conclure des contrats confidentiels avec les gros chargeurs et de pénétrer le marché du transport porte à porte et des services logistiques afférents, en faisant concurrence aux traditionnels intermédiaires de transport que sont les *freight forwarders* et les NVOCC. Comme le rapportent Robert J McCalla, Brian Slack et Claude Comtois :

There would seem to be at least three competitive logistics systems involving shipping lines, forwarders and shippers. In one system, shipping lines deal directly with shippers to handle all intermodal arrangements and confidential billing, thus bypassing the forwarder. This arrangement is what OSRA has created. In the second system, forwarders deal with both the shipping lines and the shippers to make the intermodal arrangements and billing. This is the work that forwarders are losing to the major water carriers, especially alliance members, who have entered the logistics business. In both these systems, door-to-door service is provided by either the shipping line itself or the forwarder. In the third system, there remains the division of responsibilities between the water carrier to carry goods at sea and the freight forwarder to

93. Comme l'explique Antoine Frémont, « Les armements de lignes régulières et la logistique » [2008] 53 Cah Sci Transp 123 à la p 125 :

Il leur devient de plus en plus difficile, voire impossible sur le long terme de dégager des marges de compétitivité durables à travers [*sic*] une réduction des coûts maritimes tant la réduction des coûts obtenus par des navires de plus grande taille est systématiquement annulée par la baisse des taux de fret liée aux nouvelles capacités mises en œuvre. [...]. Deuxièmement, dans une prestation porte à porte, le coût maritime est secondaire, estimé à 23 % de l'ensemble des coûts de transport. De plus, l'augmentation de la taille des navires tend mécaniquement à accentuer le transfert des coûts de la partie maritime vers la partie terrestre. Pour les armements de lignes régulières, l'enjeu de l'intégration verticale est double : permettre la maîtrise des coûts non maritimes, mais aussi s'affirmer en tant que prestataires logistiques à part entière afin de dégager des avantages comparatifs et donc des marges durables de compétitivité sur terre alors que cela semble impossible sur mer.

*make the arrangements of how the goods are shipped on what line using what port, but it is the responsibility of the shipper to handle the inland transportation arrangements. In this system, the ocean carrier offers a port-to-port service, with the forwarder and shipper making the arrangements to get the goods to/from the door of the shipper*⁹⁴.

En effet, par la création d'une nouvelle catégorie juridique, soit les *Ocean Transportation Intermediaries*, l'OSRA a réglementé le statut des *freight forwarders* et des NVOCC, mais les a exclus de la possibilité de conclure des contrats de service avec les chargeurs lorsqu'ils agissent en tant que transporteurs, en plus de leur faire perdre le bénéfice de la clause *me too*. Ce faisant, l'OSRA a permis aux lignes maritimes de pénétrer un nouveau marché, celui des prestations logistiques. Ainsi, à l'instar du contrat de service américain, le contrat de volume représente une occasion pour les lignes maritimes de concurrencer les intermédiaires de transport sur le marché international, mais cela, sans compter la réticence des chargeurs à impliquer trop étroitement les transporteurs et la place prépondérante des intermédiaires, notamment des mastodontes de la logistique.

Les chargeurs considèrent les transporteurs non pas comme des partenaires, mais comme de simples cocontractants⁹⁵. La situation de dépendance pouvant découler d'une chaîne de transport fortement intégrée représente un risque pour les chargeurs. Ces derniers ont davantage intérêt à mettre en concurrence les différents prestataires⁹⁶. Il a d'ailleurs été souligné que même les gros chargeurs préfèrent négocier les tarifs de transport indépendamment des services logistiques⁹⁷ et veillent à ce que leur prestataire logistique sélectionne les transporteurs en toute indépendance. Conscientes de cet état de fait, les lignes maritimes qui ont mis au point des services logistiques distinguent soigneusement leurs entités logistiques de celles reliées au transport⁹⁸. Cette méfiance des chargeurs à l'égard des transporteurs

94. Robert J McCalla, Brian Slack et Claude Comtois, « Dealing with Globalisation at the Regional and Local Level: The Case of Contemporary Containerization » (2004) 48:4 *Can Geogr* 473 aux pp 481–82.

95. Mary R Brooks et Graham Fraser, « Maritime Logistics » dans Ann M Brewer, Kenneth J Button et David A Hensher, dir, *Handbook of Logistics and Supply-Chain Management*, Amsterdam : New York, Pergamon, 2001, 419 à la p 422.

96. Frémont, *supra* note 93 à la p 127.

97. Heaver, *supra* note 84 à la p 375.

98. *Ibid* à la p 387.

est bénéfique pour les intermédiaires de transport et les prestataires logistiques qui, en plus d'avoir développé les compétences pertinentes et d'y avoir consacré les ressources nécessaires, ont l'avantage de connaître les besoins de leurs clients.

Par ailleurs, pour pouvoir pénétrer le marché des prestations logistiques, les lignes maritimes doivent effectuer de lourds investissements dans un secteur qui se situe en dehors du cœur de leurs activités et, par conséquent, prendre le risque de n'avoir ni les compétences requises ni le poids des géants de la logistique, telles les entreprises Schenker ou Danzas. De surcroît, les lignes maritimes ne peuvent se permettre de se mettre à dos leurs principaux fournisseurs de clients que sont les intermédiaires de transport. En dehors des conteneurs FCL (*Full Container Load*) qui leur garantissent un taux de remplissage des navires sur une longue période et pour lesquels ils ont un intérêt certain à entrer en contact direct avec les gros chargeurs, les armements de lignes régulières comptent essentiellement sur les conteneurs LCL (*Less than Container Load*) dont la spécialité revient aux transitaires⁹⁹.

On peut finalement déduire de cette transformation de l'industrie que le contrat de volume serait un outil permettant aux lignes maritimes de s'arroger le marché du FCL qui concerne les gros chargeurs (par exemple, l'industrie automobile ou encore l'agroalimentaire), mais les lignes maritimes devront encore compter sur les intermédiaires de transport, consolidateurs, pour le marché du LCL, qui concerne davantage les petits chargeurs. Pour autant, notons que cette stratégie n'est pas à la portée de tous, son succès reposant avant tout sur les ressources de la compagnie et dépendant des caractéristiques de l'environnement régional dans lequel celle-ci est active¹⁰⁰. En effet, il a été constaté que le déploiement des lignes maritimes s'est principalement réalisé sur les terminaux portuaires et dans les services intermodaux. L'intégration des services logistiques pose non seulement des défis techniques, mais aussi organisationnels, reposant sur l'idée de partenariat avec le chargeur.

Signalons enfin qu'aux États-Unis, la mise à l'écart, par l'OSRA, des intermédiaires de transport du bénéfice du contrat de service a été contestée par les grands groupes logistiques et, notamment, par les *third-party logistics providers*, tels que UPS, FedEx ou encore Bax Global,

99. Frémont, *supra* note 93 à la p 138.

100. McCalla, Slack et Comtois, *supra* note 94 à la p 476.

ces derniers n'étant pas restés passifs face à la nouvelle donne concurrentielle instaurée par l'OSRA. Dès 2003, plusieurs requêtes ont été adressées à la FMC pour réclamer soit la possibilité pour les NVOCC¹⁰¹ de conclure des contrats de service, soit la réforme des exigences de publication des tarifs qui leur étaient imposées, lesquelles avaient pour effet, entre autres, de divulguer aux concurrents des intermédiaires de transport les tarifs et les services que ceux-ci proposaient, en plus des coûts administratifs importants qu'une telle procédure représente. L'objet principal de ces demandes de réforme de la part des NVOCC était une dérégulation plus poussée du marché, en étendant la confidentialité des contrats aux intermédiaires de transport. L'un des arguments avancés en ce sens est qu'une telle dérégulation permettrait de répondre aux besoins des clients chargeurs et favoriserait une meilleure intégration des services logistiques entre les modes de transport¹⁰². En réponse à ces doléances, a été instauré le *NVOCC Service Arrangements* (NSA), défini en ces termes :

*NVOCC Service Arrangement ("NSA") means a written contract, other than a bill of lading or receipt, between one or more NSA shippers and an individual NVOCC or two or more affiliated NVOCCs, in which the NSA shipper makes a commitment to provide a certain minimum quantity or portion of its cargo or freight revenue over a fixed time period, and the NVOCC commits to a certain rate or rate schedule and a defined service level. The NSA may also specify provisions in the event of nonperformance on the part of any party*¹⁰³.

Avec la *NSA Rule*, les NVOCC se voient exemptés des exigences fixées par le *Shipping Act*, lesquelles sont remplacées par les exigences d'enregistrement et de publication prévues par la NSA. La FMC voulait ainsi instaurer une certaine égalité entre opérateurs en matière contractuelle par l'assouplissement des inconvénients que présentait l'OSRA pour les NVOCC, tout en tenant compte de la nécessité d'encadrer les activités de ces derniers. En effet, la *NSA Rule* interdit aux associations

101. 46 USC § 40102(16):

The term "non-vessel-operating common carrier" means a common carrier that: (A) does not operate the vessels by which the ocean transportation is provided; and (B) is a shipper in its relationship with an ocean common carrier.

102. Sur le débat relatif à l'instauration du NSA, voir RK Bank, AW Craig et EJ Sheppard, « Shifting Seas: A Survey of US and European Liner Shipping Regulatory Developments Affecting the Trans-Atlantic Trades » (2005) 7:1 *Marit Econ Logist* 56 aux pp 62–67.

103. 46 CFR 531.3(p).

de chargeurs comptant parmi leurs membres des NVOCC de conclure un NSA, et aux NVOCC d'en conclure un entre eux¹⁰⁴.

Cependant, d'autres voix, dont celle de la *National Customs Brokers and Forwarders Association of America*, pressaient la FMC de mettre fin à l'obligation de publication des tarifs proposés par les NVOCC. La FMC a donné une suite favorable à cette demande en février 2010 en exemptant les NVOCC autorisés (*licenced NVOCC*) de l'obligation de publier leurs tarifs¹⁰⁵ lorsqu'ils le souhaitent. Ce faisant, la FMC vise à instaurer un certain équilibre concurrentiel sur le marché, notamment en ce qui concerne les NVOCC qui agissent comme transporteurs dans leurs relations avec les chargeurs.

La question de l'égalité concurrentielle entre lignes maritimes et intermédiaires de transport s'est également posée lors des discussions portant sur l'introduction du contrat de volume dans le cadre des Règles de Rotterdam. La nécessité d'éviter toute discrimination entre VOCC et NVOCC a été prise en considération puisqu'un NVOCC peut conclure un contrat de volume avec un chargeur tout comme un transporteur maritime¹⁰⁶. Une telle mesure ne ferait que renforcer la concurrence entre les prestataires de transport si, toutefois, les Règles de Rotterdam venaient à entrer en vigueur. En effet, les lignes maritimes se verraient accorder la possibilité d'offrir une plus large gamme de services logistiques que le seul service de transport, ce qui leur permettrait ainsi de pénétrer le marché traditionnel des intermédiaires de transport.

CONCLUSION

La dérégulation américaine du marché du transport maritime a eu pour conséquence de favoriser de nouvelles structures de regroupement ainsi qu'une diversification de l'offre de transport à la suite de la concurrence instaurée. Le contrat de service permet aux gros chargeurs de négocier librement avec les transporteurs des modalités contractuelles « sur mesure ».

104. 46 CFR 531.3(o):

NSA shipper means a cargo owner, the person for whose account the ocean transportation is provided, the person to whom delivery is to be made, a shippers' association, or an ocean transportation intermediary, as defined in section 3(17)(B) of the Act (46 USC 40102(16)).

105. The National Industrial Transportation League, « FMC Approves NVO Tariff Publication Exemption » (février 2010) à la p 1, en ligne: Nitl.org <www.nitl.org/new/pdf/notice021910.pdf>.

106. Gluck, *supra* note 73.

L'expérience américaine nous apprend que le contrat de service a constitué une aubaine pour les lignes maritimes qui aspiraient à élargir leur gamme de services en vue de s'adapter aux besoins des gros chargeurs dont l'organisation industrielle et commerciale repose sur le concept de *supply chain management*. L'introduction à l'échelle internationale de ce nouveau type de contrat au moyen du contrat de volume pourrait produire des effets similaires.

L'idée sous-jacente à ce nouveau concept est non pas de conclure des contrats « expédition par expédition », mais en fonction d'un volume régulier de marchandises réparti sur une période de temps. Cela permettrait de garantir un taux de remplissage des navires pour les lignes maritimes et, en contrepartie, une offre de services sur mesure pour les chargeurs. Cela constitue également une occasion d'instaurer une proximité avec les chargeurs, pourvoyeurs de gros volumes d'affaires, proximité dont jouissent déjà les mastodontes de la logistique. Contrairement au contrat de service de l'OSRA, le contrat de volume pourrait être utilisé tant par les lignes maritimes que par les intermédiaires de transport et introduirait, de ce fait, une nouvelle donne concurrentielle dans le secteur du transport maritime international.

Hormis cette dimension « concurrentielle » et celle de « prestation logistique », l'introduction du contrat de volume dans les Règles de Rotterdam tenant au droit du contrat de transport et au régime de responsabilité a donné lieu à de nombreuses critiques. En effet, le noyau dur du contrat de volume est la flexibilité qui se traduit par la liberté contractuelle. Or, cette dernière, longtemps combattue en droit international du transport maritime, n'a pas manqué de ranimer la crainte d'un abus de la part des transporteurs à l'égard des petits chargeurs dont le pouvoir de négociation est moindre¹⁰⁷. On craint un contournement du régime de responsabilité impératif au moyen du contrat de volume, qui permet d'y déroger. Le contrat de volume est au cœur de la délicate problématique relative à l'équilibre à trouver entre « liberté contractuelle », censée favoriser l'efficacité de l'offre de transport eu égard aux transformations de la demande des (gros) chargeurs, et « impérativité », censée assurer une meilleure équité et protection des (petits) chargeurs. Pour créer un consensus, les rédacteurs des Règles de Rotterdam ont encadré strictement la liberté contractuelle en soumettant le contrat de volume à des conditions de validité préalables.

107. CNUDCI, *Groupe de travail III*, *supra* note 46 à la p 28 au para 100.

Selon nous, pourtant, le contrat de volume, à l'instar du contrat de service américain, présente un avantage incontestable : offrir aux parties la possibilité de couvrir les activités au-delà du simple déplacement des marchandises. Le contrat de volume tient compte de l'évolution des besoins commerciaux des parties en englobant l'ensemble des services adaptés aux pratiques commerciales modernes, à savoir les services de transport et les autres services logistiques nécessaires au client chargeur. Contrairement aux précédentes conventions internationales, en proposant une approche commerciale, les Règles de Rotterdam ouvrent la voie à la prise en considération de la logistique maritime moderne et de la gestion de la chaîne logistique mondialisée. L'amorce d'une telle approche globale constitue à nos yeux une véritable évolution par rapport à la perspective juridique traditionnelle, restreinte au seul acte matériel de déplacement et à la seule activité de « transport maritime ».