

LES USAGES DU COMMERCE INTERNATIONAL : OÙ EN SOMMES-NOUS? OÙ EN SONT-ILS?*

Marie-Claude Rigaud** et Guy Lefebvre***

Peu de sujets consacrés aux contrats internationaux ont attiré autant l'attention de la doctrine pendant les dernières années que celui des usages du commerce propres à ce secteur d'activités. S'il s'agit d'un sujet éminemment controversé, il n'en demeure pas moins que les débats ont surtout porté sur des questions théoriques liées à l'existence ou non de tels usages. Notre texte a non seulement pour objectif de faire le point sur ces débats, mais aussi de tenter de dresser un inventaire nécessairement incomplet des usages. Il vise également à permettre aux juristes d'appréhender les conséquences importantes qui sont susceptibles d'affecter les opérateurs du commerce international par le manque de prévisibilité découlant de la vaste marge de manoeuvre dont jouissent, à l'égard des usages, les juges ou les arbitres appelés à trancher un litige.

Few topics involving international contracts have drawn as much attention from legal scholars in recent years as the topic of the trade usages specific to this sector. Although the subject is highly controversial, the debates have mainly focused on theoretical questions concerning whether or not such usages exist. The objective of this paper is not only to synthesize these debates, but also to attempt to draw up an inventory, albeit incomplete, of such usages. Its second

* La publication de ce texte a été rendue possible grâce à la générosité du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada dans le cadre du projet intitulé Recherche sur le rôle des usages dans le droit des transactions commerciales internationales, No. 410-2001-514. Nous tenons également à remercier M. Anaël Tchoulfian pour son aide à titre d'assistant de recherche. Enfin, nous adressons nos remerciements à M^e Christian Saint-Georges pour sa précieuse collaboration dans la correction de ce texte. Les lacunes qui y subsistent ne sauraient toutefois être imputées à d'autres qu'aux auteurs. Enfin le texte est à jour au 31 mai 2011.

** Marie-Claude Rigaud est avocate et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Elle est aussi professeure associée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

*** Guy Lefebvre est avocat et professeur titulaire au Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Il est également professeur régulier à la China University of Political Science and Law, de Beijing, et professeur invité à la East China University of Political Science and Law, de Shanghai. Il est aussi correspondant de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et de l'Institut du droit international des transports (IDIT).

purpose is to help legal practitioners grasp the potential major impacts on international trade stakeholders due to the unpredictability resulting from the broad leeway available to judges and arbitrators in their decisions when it comes to trade usages.

Introduction

Au cours des 20 dernières années, les usages en matière de commerce international ont fait couler beaucoup d'encre¹. En fait, peu de sujets liés aux transactions commerciales internationales ont à ce point suscité l'attention de la doctrine². Or, paradoxalement, force est de constater que la notion, malgré l'intérêt qu'on lui porte, semble condamnée à cette demi-pénombre propre aux concepts dont il est non seulement difficile de cerner les contours, mais dont l'existence même est sujette à débat. En ce sens, et d'une plume allègre, certains assimilent les usages à des notions certes connexes, mais néanmoins différentes³. D'autres encore insistent pour nier aux usages du commerce international – même dans une dynamique de partage des rôles avec les usages dits « ordinaires » et les principes généraux du droit – toute portée fondatrice sinon d'un ordre juridique autonome⁴, du moins d'une véritable *lex mercatoria*. Convenons-en : outre

¹ Antoine Kassis, *Théorie générale des usages du commerce international*, Paris, LGDJ, 1984; Pascale Deumier, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002; Emmanuel Gaillard, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international » dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, 203 [Gaillard, « Distinction »]; Eric Loquin, « La réalité des usages du commerce international » (1989) 2 RID écon 164 [Loquin, « Usages »]; Éric Loquin, « Les règles matérielles du commerce international » (2005) 2 Rev arb 443 [Loquin, « Règles »].

² Au siècle dernier, cette question était déjà tout aussi controversée. Jean Escarra écrivait en parlant de l'usage du commerce qu'il « estompe les contours de la loi et de la convention, tenant entre eux le rôle de valeur de transition, zone de clair obscur dans le tableau où toutes les oppositions viennent s'atténuer et se fondre. Il apporte le trouble dans les notions géométriques des jurisconsultes », dans Jean Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial » (1910) *Annales de droit commercial français, étranger et international* 97 à la p 98.

³ Voir à cet effet Roy Goode, « Usage and its Reception in Transnational Commercial Law » (1997) 46 ICLQ 1 à la p 7, n 20.

⁴ En effet, comme le notent Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman dans leur *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996 au para 378, « [m]ême s'il est contesté que l'ensemble des principes généraux du droit et des usages du commerce international constituent un ordre juridique complet et autonome, la juridicité de ses règles est de plus en plus affirmée ». Ils ajoutent d'ailleurs que « même les auteurs réservés à l'égard de la nature de la *lex mercatoria* constatent que le phénomène est essentiellement lié à l'arbitrage, et que c'est dans les sentences que sont formulées, et progressivement cristallisées, ces règles considérées par les arbitres comme propres au commerce international ». Voir aussi Dominique Bureau, *Les sources*

d'habiles contorsions théoriques, les praticiens du droit ont, en cette matière, peu à se mettre sous la dent.

Trois difficultés peuvent expliquer ce phénomène. Tout d'abord, plutôt que de simplement référer aux « usages du commerce international »⁵, la presque totalité des instruments nationaux et internationaux renvoient aux notions d'« usages » ou d'« usages auxquels les parties ont consenti »⁶. Partant, pour certains, ces « usages » sont donc nécessairement ceux que les praticiens mettent en application dans une branche commerciale donnée. De là à nier l'existence même d'une notion plus large d'« usages

informelles du droit dans les relations privées internationales, thèse de doctorat en droit, Paris II, 1993 [non publiée]; Andreas F Lowenfeld, « *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View* » (1990) 6 *Arb Int'l* 133; Gaillard, « Distinction », *supra* note 1; Emmanuel Gaillard, dir, *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Paris, CCI, 1993 [Gaillard, *Transnational*]; Jérôme Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 2001 à la p 4; Fali S Nariman, « L'arbitrage commercial international et le respect des règles de droit » (1991) 2:2 *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI* 7; Berthold Goldman, « Nouvelles réflexions sur la "*lex mercatoria*" » dans *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 240. Déjà, en 1986, Ole Lando écrivait : « Let me just note that in Europe the *lex mercatoria* is a fact. Arbitrators apply it and those Courts which have faced the award applying it have accepted its application. » Ole Lando, « The law applicable to the merits of the dispute » dans Julian DM Lew, dir, *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987, 101. Voir aussi Matthieu de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, Joly, 1990 à la p 614.

⁵ Seuls les Principes d'UNIDROIT semblent en effet évoquer la notion d'usage du commerce international dans leur préambule : « Les parties à des contrats du commerce international qui ne s'entendent pas sur le choix d'une loi interne particulière en tant que loi applicable à leur contrat prévoient parfois qu'il sera régi par les "principes généraux du droit", par les "usages et coutumes du commerce international", par la *lex mercatoria*, etc. Jusqu'ici, une telle référence faite par les parties à des principes et des règles de nature supranationale ou transnationale sans plus de précision a été critiquée, notamment en raison du caractère extrêmement vague de ces concepts. Afin d'éviter, ou au moins de limiter considérablement, l'incertitude accompagnant l'usage de concepts aussi vagues, il pourrait être souhaitable de recourir, pour en déterminer le contenu, à un ensemble de règles systématiques et bien définies comme les Principes. » Le libellé de l'article 1(9)(2) des Principes d'UNIDROIT fait lui aussi référence à la notion d'usage, mais le qualifie comme appartenant à une branche d'activité commerciale donnée : « 2) Elles sont liées par tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée, à moins que son application ne soit déraisonnable. »

⁶ Voir par exemple l'article 9 de la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*, 11 avril 1980, 1489 RTNU 3 [CVIM] et l'article 1.9 des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international* [Principes d'UNIDROIT].

du commerce international », le pas est vite franchi. Mais quoi qu'il en soit du débat entourant l'interprétation du terme « usage » tel qu'il est employé dans de très nombreux instruments législatifs, conventionnels et réglementaires, on ne peut nier, comme nous serons à même de le constater⁷, que la notion d'usage du commerce international continue d'être invoquée pour régler des conflits du commerce international⁸.

En second lieu, la pratique des arbitres – donc de ceux-là mêmes qui sont le plus souvent appelés à interpréter et à appliquer les usages du commerce international – fournit sans doute une piste d'explication intéressante. En effet, les décisions qu'ils rendent indiquent généralement que le différend a été tranché « en vertu d'un usage du commerce international », ou, plus communément encore, « en fonction des principes généraux du droit et des usages du commerce international » sans exposer les étapes du processus de qualification ayant mené à l'application de l'usage évoqué ni en expliquer le contenu. En faisant ainsi l'économie des motifs qui sous-tendent le recours aux usages, leur position s'en trouve d'autant fragilisée, du moins sur un plan théorique.

En dernier lieu, tant sur les plans géographique, politique, économique que juridique et commercial⁹, l'usage du commerce international est appelé à intervenir dans des sphères distinctes et à revêtir un degré de précision relatif. Les données empiriques à son sujet sont rarissimes et les quelques sources que constituent les sentences arbitrales publiées souffrent parfois, comme nous l'avons indiqué, d'un manque de clarté et de précision. Comment faire face à cette diversité, d'une part, et à cette indigence, d'autre part? Comment un praticien peut-il s'assurer de bien connaître et de comprendre le rôle que l'usage pourrait être amené à jouer? Comment peut-il mesurer, même de manière plus ou moins précise, l'impact de la prise en considération par le juge, ou plus souvent par l'arbitre, de cette notion?

⁷ Ceci étant dit, on doit constater que la liste des usages du commerce international est limitée.

⁸ Tout comme les autres notions qui composent selon certains un ordre juridique transnational ou une *lex mercatoria*.

⁹ Goode, *supra* note 3 à la p 11 : « Trade usage, like custom in international public law, may vary widely both in its sphere of influence and its degree of specificity. Its sphere of influence may be delineated in a number of ways, for example:

- (1) *geographically*, by reference to a particular town, port or region ;
- (2) *politically*, by reference to a particular political grouping of affinity ;
- (3) *economically*, by reference to a particular grouping or affinity ;
- (4) *legally*, by reference to a particular legal tradition ;
- (5) *commercially*, by reference to a particular trade or market. »

Notre article s'inscrit dans une démarche visant à une meilleure compréhension du rôle de l'usage du commerce international¹⁰. Cette question nous apparaît d'autant plus importante que bon nombre d'instruments juridiques d'origine nationale ou internationale, nous l'avons dit, imposent au juge ou à l'arbitre de résoudre le litige en appliquant l'usage. En ce sens, plusieurs législations nationales en matière d'arbitrage prévoient que, sauf convention contraire, les usages s'imposent aux parties¹¹ alors qu'au niveau international, la CVIM en consacre la primauté par rapport à ses propres dispositions¹². On voit donc que l'usage occupe une place importante dans le commerce international, peu importe que le contrat y fasse référence ou non. Mais de quel usage s'agit-il? De l'usage entendu comme une pratique habituelle dans un secteur d'activité donné comme plusieurs le prétendent ou plutôt de l'usage commercial véritablement international?

La pluralité des usages commerciaux de même que leur nature équivoque (ou « amphibologique » comme aime à le rappeler Pédamon¹³) rend périlleuse toute tentative de synthèse. Néanmoins, nous nous proposons ici, d'une part, d'examiner le sens et le rôle de la notion d'usage, et d'autre part, d'en dresser un inventaire – dont on nous excusera

¹⁰ Certains auteurs prétendent que l'usage du commerce international n'existe pas : « s'il n'y a jamais eu d'usages "du commerce" en général, il n'y a guère non plus d'usages du commerce qui soient véritablement "internationaux". Les usages du transport maritime et les quelques codifications de la Chambre de commerce internationale mentionnées plus haut semblent à ce titre exceptionnels. Il est des usages locaux ou régionaux, des usages limités à un port de mer, des usages restreints à une ville ». Fabien Gélinas, « Codes, silence et harmonie : Réflexions sur les principes généraux et les usages du commerce international des contrats » (2005) 46 C de D 941. Or, immédiatement après, l'auteur ajoute : « Cependant, bien peu d'usages sont si répandus qu'ils peuvent être considérés comme usages internationaux », et « [n]ous ne saurions en dire beaucoup plus sans le bénéfice d'études empiriques plus larges et plus systématiques des usages du commerce », ce qui semble suggérer qu'il faille tempérer les propos précédents.

¹¹ Voir par exemple le *Code de procédure civile* français (art 1511), le *German Arbitration Act* (Book 10 ZPO, art 1051); le *Spanish Arbitration Act* de 2003 (en vigueur depuis mars 2004, art 34); le Code de procédure civile néerlandais (Livre IV, art 1054); le *Code de procédure civile* du Québec (Livre VII, art 944.10); le nouveau Code de procédure civile libanais (art 813); la Loi turque no. 4686 du 20 juin 2001 sur l'arbitrage international (art 12).

¹² Voir l'article 9 CVIM.

¹³ Michel Pédamon, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial? » [1959] Rev trim dr com 359 et reprise par Kassis, *supra* note 1 à la p 103. Pédamon remarque en effet que : « Les difficultés tiennent tout d'abord au mot "usage" qui est amphibologique puisqu'il désigne à la fois la pratique et la norme; c'est une source de confusion à laquelle n'échappent pas les arrêts. »

d'emblée le caractère nécessairement incomplet. Par une approche « positiviste », laquelle consiste en quelque sorte à « [...] faire la chasse à l'usage du commerce international »¹⁴, nous espérons donner au praticien une image plus complète d'une réalité aux multiples facettes.

La première partie de nos développements sera consacrée à décrire la notion de l'usage du commerce international en tentant de la définir et d'en examiner le contenu à travers ses fonctions et ses sources. Dans la seconde partie, nous tenterons de dresser l'inventaire des usages du commerce international. Nous constaterons alors que, malgré leur nombre relativement restreint, ces usages, dans leur interrelation avec d'autres notions juridiques, ne suscitent pas moins d'importants débats quant à leur caractère impératif ou non.

Pour documenter notre démarche, nous avons consulté les textes doctrinaux portant sur l'usage du commerce international. Si les auteurs sont particulièrement généreux sur le plan des idées et des théories entourant le rôle de l'usage dans la résolution des conflits du commerce international¹⁵, ils sont en revanche plus discrets quand il s'agit d'en dresser l'inventaire. Nous avons aussi étudié la jurisprudence arbitrale internationale¹⁶ et certaines décisions émanant de tribunaux étatiques, parfois appelés à réviser des sentences traitant de l'usage ou parfois directement saisis à titre de juridiction de première instance pour se prononcer à son sujet¹⁷.

1 – La notion d'usage du commerce international

A) Définition de l'usage du commerce international

Si les nombreuses lois et conventions qui abordent l'usage sont avares de détails à son sujet, la doctrine, quant à elle, foisonne de définitions des

¹⁴ Voir Loquin, « Usages », *supra* note 1 à la p 165.

¹⁵ Voir par exemple Christopher R Drahozal, « Commercial norms, commercial codes and international commercial arbitration » (2000) 33 Vand J Transnat'l L 79 et Goode, *supra* note 3 à la p 7.

¹⁶ Comme nous le verrons dans la deuxième partie de ce texte, les enseignements que l'on peut tirer de la jurisprudence arbitrale sont, somme toute, limités. Le nombre restreint de décisions publiées de même que leur caractère confidentiel nous obligent à tirer des conclusions approximatives sur le phénomène des usages et sur la place qu'ils occupent. Il s'agit d'ailleurs d'une des failles propres à toute étude où les données empiriques permettant de vérifier une certaine hypothèse sont rares. Voir aussi Éric Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Paris, Librairies techniques, 1980 aux para 550 et s [Loquin, *Amiable composition*].

¹⁷ Pour plus de détails sur la place occupée par les précédents juridictionnels de toute nature (arbitrale ou étatique), voir Loquin, « Usages », *supra* note 1 à la p 185.

mots « usages », « usages du commerce international » et des termes qui lui sont reliés.

Sur la notion d'usage du commerce international, deux grandes conceptions se dégagent. Dans sa conception large, l'usage du commerce international est défini tantôt comme « la règle reconnue appropriée aux besoins du commerce international par une autorité du commerce international »¹⁸, tantôt comme un « ensemble de normes ayant pour objet de s'appliquer à divers aspects de l'activité économique internationale, indépendamment des systèmes juridiques étatiques »¹⁹, ou encore comme « des normes autres que les normes étatiques [...] qui se forment à partir de contrats-types, de conditions générales établies par les associations professionnelles »²⁰. Cette norme aurait un caractère obligatoire et représenterait une véritable règle de droit²¹. Dans sa conception plus étroite, l'usage du commerce international serait limité aux « pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité déterminée »²², ce que certains préfèrent appeler l'« usage ordinaire », et qui ne peut prétendre au statut de règle de droit.

Or, selon nous, alors que la première conception se rattache tout naturellement au contexte international, la seconde traduit une vision beaucoup trop limitative de ce que constitue l'usage du commerce international. Ce dernier diffère en effet nettement de l'usage de nature domestique. Bien qu'ils soient tous deux porteurs de règles issues de la pratique²³, que leur application ne soit pas subordonnée à l'accord des parties²⁴ et qu'ils aient en commun de ne pas être des règles de source étatique, l'usage interne, compris comme une pratique habituelle dans une

¹⁸ Voir *ibid* à la p 167. Dans une sentence rendue sous l'égide de la CCI en 1975, le Tribunal arbitral notait d'ailleurs « qu'il faut reconnaître l'autonomie de la communauté internationale des commerçants obéissant, dans ses rapports mutuels, à des règles propres ».

¹⁹ Yves Derains, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales » [1973] Rev arb 122 [Derains, « Statut »].

²⁰ Philippe Fouchard, « L'État face aux usages du commerce international » dans *Travaux du comité français de droit international privé*, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1973-1975, 71 à la p 74 [Fouchard, « État »].

²¹ Voir Deumier, *supra* note 1 à la p 245.

²² Gaillard, « Distinction », *supra* note 1 à la p 216.

²³ Loquin, « Règles », *supra* note 1 à la p 450.

²⁴ *Ibid*. L'article 9(2) de la CVIM prévoit en effet que « sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée ». En l'absence d'une volonté contraire, l'usage s'imposerait donc du seul fait qu'il existe.

branche d'activité donnée, et l'usage du commerce international se développent dans des sphères normatives distinctes. Le premier s'inscrit dans la hiérarchie des normes de l'ordre juridique d'un État qui en confirme l'existence, entre autres, par la reconnaissance et l'application qui en sont faites par les tribunaux. L'usage du commerce international, lui, se développe au sein de la communauté transnationale et s'impose à la volonté de ses membres au même titre que le feraient des règles uniformes créées par des conventions internationales²⁵, des principes généraux du commerce international²⁶ ou d'autres règles matérielles²⁷. Son application dans cette sphère tient non pas à un quelconque rattachement à un droit étatique, mais bien à l'« internationalité » de la relation commerciale qui lie les parties. Nous aurons l'occasion de démontrer que dans son acception large, l'usage du commerce international est susceptible d'engendrer des incertitudes juridiques importantes dans la mesure où les juges et les arbitres chargés d'instruire les litiges ne font pas tous l'analyse exhaustive nécessaire pour déterminer si, face à un cas donné, l'on est ou non en présence d'un usage. Comme nous le verrons, cette faiblesse donne parfois aux partisans de la conception étroite de l'usage international un argument selon lequel la conception large conférerait au juge ou à l'arbitre une véritable licence lui permettant de décider du sort du litige selon son bon vouloir.

Selon nous, l'absence de consensus sur la portée du terme « usage du commerce » est symptomatique d'une confusion terminologique entre la notion d'usage du commerce international et les expressions qui lui sont apparentées, telles que « coutumes »²⁸, « pratiques » et « principes

²⁵ L'exemple de la CVIM est le plus révélateur.

²⁶ L'existence de tels principes est reconnue depuis plusieurs décennies. Leur développement est en quelque sorte autorisé par des instruments tels que la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international qui prévoit que les arbitres appliqueront des règles de droit choisies par les parties, à défaut de quoi ils pourront choisir celles qu'ils considèrent appropriées (art 17).

²⁷ Pensons par exemple aux lois types de la Commission des National Unies pour le droit commercial international [CNUDCI], entre autres à celles portant sur l'arbitrage commercial international, sur le commerce électronique, sur le crédit-bail international ou sur l'insolvabilité internationale, et qui ont été adoptées par de nombreux États. Ces derniers participent alors à l'élaboration de normes matérielles internationales par l'entremise de la consécration de ces textes au sein d'un ordre juridique étatique. Loquin, « Règles », *supra* note 1, parle aussi des règles matérielles de provenance étatique dont la fonction est de favoriser les intérêts du commerce international. Il cite, à titre d'exemple, la validité de la clause compromissoire internationale, principe qui a été confirmé en France par une jurisprudence constante de la Cour de cassation.

²⁸ En parlant de la relation qu'entretiennent l'usage et la coutume par exemple, plusieurs évoquent un effacement de ce qui pouvait les distinguer au départ. Voir de

généraux ». Certains parlent indistinctement de l'une ou de l'autre, alors que d'autres sont plus nuancés.

La similitude qui rapproche la pratique et l'usage est évidente. Selon de nombreux auteurs, l'usage, qu'il soit interne ou international, n'est rien d'autre qu'une pratique contractuelle dont le succès aurait assuré la pérennité²⁹. De surcroît, grâce à sa reconnaissance par les juges et les arbitres, cette pratique se serait objectivée et serait devenue une règle obligatoire à laquelle les parties, sauf expression contraire, doivent se soumettre.

La question est plus délicate lorsqu'il s'agit de distinguer les expressions « usage du commerce international » et « principes généraux »³⁰ qu'on assimile souvent³¹. Deux écoles s'affrontent encore

Boissésou, *supra* note 4 à la p 645. Voir aussi Fouchard, « État », *supra* note 20; Pédamon, *supra* note 13; Jeanne Boucourechliev, « Usages commerciaux, usages professionnels : élaboration et formulation » dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Litec, 1978, 19. Plusieurs prétendent en effet que la coutume semble avoir cédé le pas à l'usage; pouvons-nous y voir une sorte de victoire du second sur la première? La lecture de nombreux instruments internationaux tels que la *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international* de 1961, les Principes d'UNIDROIT, les lois uniformes de La Haye de 1964 et de nombreuses législations nationales auxquelles il a été fait référence, confirme que c'est d'abord et avant tout au concept d'usage dont il est fait mention; voir Philippe Fouchard, « Les usages, l'arbitre et le juge » dans *Le droit des relations économiques internationales : Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, 67 [Fouchard, « Usages »]. Force est d'ailleurs de constater qu'il n'est jamais fait mention, dans le cadre de la *lex mercatoria*, de règles coutumières. Voir Fouchard, « État », *ibid* à la p 74 : « aujourd'hui, la coutume proprement dite a perdu presque toute sa consistance en droit privé, et c'est le terme d'usage qui est employé pour désigner l'ensemble du phénomène coutumier ». Un même constat s'impose au sujet des nombreux instruments à portée internationale auxquels il a été fait référence et qui ne parlent plus que très rarement de coutume.

²⁹ Loquin, « Règles », *supra* note 1.

³⁰ Dans la sentence n° 4761, [1987] JDI 1012 (International Chamber of Commerce) (obs S Jarvin), l'obligation de minimiser les dommages est qualifiée comme étant un élément de la *lex mercatoria*. Aucun effort n'est mis en œuvre par le Tribunal pour qualifier cette règle d'usage ou de principe. Par ailleurs, selon Kahn, les principes généraux sont au nombre de cinq : (1) l'exigence de la bonne foi, (2) le caractère obligatoire des contrats, (3) l'interprétation devant conduire à l'exécution du contrat, (4) l'estoppel et (5) l'équilibre des obligations réciproques; voir Philippe Kahn, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international » [1989] JDI 303 [Kahn, « Principes »].

³¹ Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, t 224, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992 à la p 344. L'auteur cite une seule décision où l'on établit une distinction entre les deux concepts; il s'agit peut-être, selon lui, de l'exception justifiant la règle. Voir sentence n° 5953/89, [1990] JDI 1056 (International Chamber of Commerce).

ici, selon que l'on adhère à la vision large ou étroite évoquée plus haut. Pour Loquin, ardent défenseur de la première, il est vain de tenter de distinguer les usages des principes³² puisqu'ils relèveraient d'un même « phénomène ». L'usage du commerce est alors perçu comme une notion englobant non seulement « les pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité »³³, mais aussi des règles émanant d'un processus de droit comparé³⁴.

Fouchard, Gaillard et Goldman souscrivent pour leur part à la seconde école³⁵. Selon eux, il est impératif de distinguer entre les usages du commerce international et les principes généraux. En effet, la conception large, en plus de limiter indûment l'efficacité qui devrait caractériser le choix exprimé par les parties³⁶, est aussi porteuse de grands dangers en ce qu'elle assimile purement et simplement les usages aux principes généraux du droit du commerce international. Si la conception large devait être retenue, les arbitres se verraient en quelque sorte dotés du pouvoir de

³² Pour sa part, Kassiss s'est livré à l'exercice dans sa *Théorie générale*, *supra* note 1 à la p 579. De Boissésou remarque quant à lui que depuis plusieurs années, la jurisprudence arbitrale a su identifier, sous des appellations diverses, bon nombre de principes applicables au commerce international. Il les classe de la façon suivante : (1) principes généraux du droit qui constituent des valeurs universelles pour l'arbitre international et (2) principes généraux, règles spécifiques du commerce international. Dans la première catégorie, il y aurait, entre autres, le principe de la sanction pour la corruption. À son avis, on devrait aussi y ajouter les situations qui mettent en péril manifeste et grave des sites du monde naturel et des biens culturels (à la p 636). Dans la deuxième catégorie, (a) le principe de coopération et de bonne foi, (b) le principe *pacta sunt servanda* et (c) le principe de l'obligation de renégocier (en l'absence d'une stipulation de révision, en présence d'une clause d'adaptation). Ole Lando propose aussi une distinction dans « *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration* » (1985) 34 ICLQ 747.

³³ Fouchard, Gaillard et Goldman, *supra* note 4 au para 1513.

³⁴ Pour Fouchard, Gaillard et Goldman, cette conception a essentiellement pour effet de confondre les deux notions.

³⁵ Philippe Kahn et Bruno Oppetit sont du même avis. Pour le premier, Kahn, « Principes », *supra* note 30; pour le deuxième, voir « Arbitrage et contrats d'État. L'arbitrage Framatome et autres c Atomic Energy Organization of Iran » [1984] JDI 37. Voir aussi M Virally, « Un tiers droit? Réflexions théoriques » dans *Le droit des relations économiques internationales : Études offertes à Berthold Goldman*, *supra* note 28, 373 à la p 384.

³⁶ Les auteurs rappellent que plusieurs théories ont été élaborées pour justifier que les arbitres puissent s'écarter du droit applicable, même quand celui-ci a été expressément choisi par les parties. Pour eux, il existe des limites véritables à cette discrétion que peuvent exercer les arbitres, soit le domaine de la loi d'autonomie et l'exception d'ordre public, et des limites plus discutables telles que la théorie des lacunes du droit choisi par les parties, la théorie extensive des usages du commerce international et la théorie des lois de police.

modifier les dispositions de la loi choisie par les parties en invoquant l'usage du commerce international³⁷, et ce, tout en ne s'en tenant pas à la stricte application du droit choisi par elles³⁸. Or, n'y a-t-il pas là non-respect de la volonté expresse des parties de se prévaloir de l'application d'un droit national, tel qu'elles l'ont exprimée? La conception dite « étroite » des usages ne comporterait pas, selon eux, les mêmes dangers³⁹. Le fait pour les arbitres d'en tenir compte ne leur permettrait pas « [...] de s'écarter de la loi applicable mais tout au plus d'interpréter la volonté des parties censées s'être conformées aux usages dans le silence de leur convention »⁴⁰. En conclusion, pour ces auteurs, cette approche assure un arrimage plus harmonieux avec l'importance reconnue au principe d'autonomie dans le droit contemporain de l'arbitrage.

Que l'on adhère à l'une ou l'autre de ces conceptions de l'usage du commerce international, il n'en demeure pas moins qu'il existe une certaine adéquation du contenu des divers principes généraux avec les usages répertoriés aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence. Par exemple, la bonne foi est consacrée aussi bien par la *lex mercatoria*, par les usages du commerce international, par les principes généraux de même que par la grande majorité des droits nationaux. Face à une telle pluralité, les tribunaux arbitraux font preuve d'un certain « pragmatisme » dans la qualification de ces notions : certaines circonstances les amènent parfois à les qualifier d'usage du commerce international, alors qu'à d'autres occasions ils évitent ce processus en ayant recours, par exemple, aux notions plus englobantes du droit transnational. Comme le note à juste titre Oppetit, les arbitres se contentent ainsi, dans certaines circonstances, d'observer que les différentes sources du droit à appliquer n'entrent pas en

³⁷ Fouchard, Gaillard et Goldman, *supra* note 4 au para 1513. Ainsi, par exemple, l'article 1511 du *Code de procédure civile* français, l'article VII de la Convention européenne de 1961, l'article 1054 du *Code de procédure civile* néerlandais, l'article 17(2) du règlement de la CCI et l'article 33 du règlement de la CNUDCI, lesquels prévoient que dans tous les cas les arbitres tiendront compte des usages, permettraient dans les faits que soient appliqués des principes généraux du droit.

³⁸ Pour une discussion plus détaillée sur les risques que présente une telle approche, voir Gaillard, « Distinction », *supra* note 1.

³⁹ Fouchard, Gaillard et Goldman, *supra* note 4 au para 1513.

⁴⁰ *Ibid.* Selon Fouchard, Gaillard et Goldman, la maturité dont fait maintenant preuve cette théorie ne laisse plus de place à cette confusion. Il est dès lors impératif qu'une distinction soit établie entre usages du commerce international et principes généraux. Ces derniers peuvent être définis comme étant « [...] des règles qui ne sont pas tirées d'un seul ordre juridique étatique mais qui sont dégagées soit de la comparaison de droits nationaux, soit directement de sources internationales telles que les conventions internationales, en vigueur ou non, ou la jurisprudence des tribunaux internationaux ».

contradiction⁴¹. Ainsi libéré des contraintes liées à une définition trop stricte, l'usage du commerce international semble revêtir plusieurs habits et, de ce fait, s'adapter à la réalité polymorphe du commerce international⁴². Mais en quoi consistent exactement les fonctions de l'usage du commerce international?

B) Les fonctions de l'usage du commerce international

Les fonctions de l'usage du commerce international doivent être examinées dans deux types de circonstances. Dans un premier scénario, les parties recourent expressément, aux fins de résoudre un conflit commercial international, à un ou plusieurs droits nationaux, ou, en l'absence d'un tel choix, les arbitres le font à leur place (Paragraphe 1). Dans un deuxième, la *lex mercatoria* ou le droit transnational est désigné par les parties ou par les arbitres comme étant applicable (Paragraphe 2).

a) Un ou plusieurs droits nationaux sont applicables

C'est une évidence que de l'affirmer : les parties jouissent, dans les limites de l'ordre public, de la faculté de façonner les règles de droit applicables à leur contrat. Ce faisant, elles peuvent entre autres choisir un droit national à titre de droit applicable, décider de l'application des principes communs à deux systèmes juridiques, renvoyer aux Principes d'UNIDROIT ou identifier des usages auxquels elles se lient de manière explicite ou non. Par exemple, dans un dossier d'arbitrage relatif à la construction du tunnel sous la Manche, les cocontractants avaient fait le choix de soumettre le contrat aux « principes communs à la fois au droit anglais et au droit français et, en l'absence de tels principes communs, [aux] principes généraux du droit du commerce international tels qu'appliqués par les tribunaux nationaux et internationaux »⁴³.

⁴¹ Oppetit, *supra* note 35. Oppetit cite entre autres l'affaire *Aminoil* dans laquelle le Tribunal arbitral n'a pas défini les principes invoqués ni leur portée, mais s'est limité à constater que les différentes sources du droit à appliquer ne sont pas contradictoires. L'auteur cite aussi l'affaire *Framatome et autres c Atomic Energy Organization of Iran* (1982), [1984] 111 JDI 58 (International Chamber of Commerce), à propos de laquelle il écrit : « Et c'est bien la même démarche qu'a suivie le Tribunal arbitral dans la présente affaire : il a estimé que les principes de bonne foi et de force obligatoire des engagements se trouvaient consacrés à un titre égal par le droit des gens, la *lex mercatoria*, les usages du commerce international et même les droits nationaux respectifs de chacune des parties au litige, ce qui, implicitement, évitait d'avoir à ranger ces principes dans telle ou telle catégorie et autorisait de toutes façons le Tribunal à les appliquer. »

⁴² Jacques Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats » (1981) 26 Archives de philosophie du droit 35 à la p 57.

⁴³ Extrait tiré des conditions contractuelles du contrat de construction signé le 13 août 1986 par Eurotunnel et Transmanche Link (éd du 27 janvier 1987).

Mais avant d'aller plus loin dans l'analyse des interactions entre l'usage et le droit applicable, un premier constat s'impose. Si les parties ne se sont pas exprimées quant au choix du droit applicable⁴⁴, les arbitres pourraient décider d'appliquer un droit national ou l'une des solutions qui vient tout juste d'être évoquée⁴⁵, ce qui inclut bien sûr un recours aux usages du commerce international. Cette discrétion leur est conférée notamment par la notion de « règles de droit » à laquelle un nombre important de lois nationales font référence et qui permet aux arbitres de recourir aux règles de droit les plus appropriées sans que cela implique obligatoirement le choix d'un droit national.

Indépendamment des solutions retenues par le droit applicable, l'arbitre du commerce international doit, dans tous les cas, se tourner vers les usages qui sont traités par plusieurs instruments sur un pied d'égalité avec le contrat⁴⁶. Contrat et usages se réclament en effet d'une même

⁴⁴ Selon des statistiques publiées par la Chambre de commerce internationale, la jurisprudence des arbitres du commerce international sur la détermination du droit applicable est relativement rare. Selon le bulletin de décembre 1990 de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, à la p 22, dans la grande majorité des cas, les parties prennent le soin de spécifier le droit applicable à leur contrat (ce ne serait que dans 30% des cas que ces dernières omettent de le mentionner). Voir Yves Derains, « La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable au contrat » (1996) 4 RDAI 514 à la p 516.

⁴⁵ Voir par exemple la sentence partielle dans Déc n° 9875 (1999) (International Chamber of Commerce), en ligne : <www.unilex.info>. Dans cette affaire, le Tribunal, après avoir déterminé qu'il aurait été inadéquat d'appliquer un droit national, a jugé que les règles de la *lex mercatoria*, dont les usages du commerce international, devaient régir le différend. Voir également l'affaire n° 7710 (1995), [2001] 4 JDI 1147 (International Chamber of Commerce), où le Tribunal a décidé d'appliquer les principes généraux et autres règles jouissant d'un large consensus international. Voir aussi la sentence n° 7235, [2001] Gaz Pal 37 (International Chamber of Commerce) : « L'application de ces textes [renvoi au règlement d'arbitrage de la CCI (art. 13) et à la loi suisse sur le droit international privé] et la référence au droit international dans le contrat conduisent l'arbitre à trancher toute question qui ne serait pas directement réglée par le contrat par recours aux règles de droit transnationales, aux règles de la *lex mercatoria*, aux usages commerciaux et aux règles supplémentaires ou correctives d'un ordre public transnational. »

⁴⁶ Dans les cas d'arbitrages sous l'égide de la CCI, l'article 17(2) prévoit que « [d]ans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat et des usages du commerce pertinents » [nos italiques]. Selon de Boissésou, *supra* note 4 à la p 616, l'expression « dans tous les cas » employée dans cette disposition, signifie que « quel que soit le choix des parties ou, à défaut, de l'arbitre, en ce qui concerne le droit applicable, l'arbitre devra appliquer le contrat et les usages du commerce que la jurisprudence arbitrale qui s'est développée sous l'égide de la Chambre de commerce internationale a définis avec clarté, comme les usages du commerce international ». De plus, selon Boissésou, l'expression « tenir compte » a pour effet de mettre sur le même

paternité, celle de la volonté des parties. Ils doivent alors être pris en considération dans tous les cas, sans égard au droit ou aux règles de droit applicables. D'ailleurs, en pratique, il semble que les arbitres du commerce n'aient recours que de manière subsidiaire au droit applicable – quel qu'il soit –, et dans la mesure où le texte du contrat ou les usages du commerce ne proposent pas une solution susceptible de résoudre le différend dans le respect des besoins des parties⁴⁷. L'étude de la jurisprudence arbitrale révèle en effet que, dans la plupart des cas, les arbitres se préoccupent davantage de concilier loi et usage plutôt que de les mettre face à face en un combat douteux. Lorsqu'il constate l'existence d'un usage permettant de trancher le différend auquel il est confronté, l'arbitre semble souvent se convaincre qu'il est d'une certaine façon exempté de la tâche parfois ardue de rechercher le droit applicable au fond, ou de clairement identifier les

plan les usages et les dispositions du contrat : « en souscrivant une clause faisant référence au Règlement de la Chambre de commerce internationale, les parties s'obligent à l'avance à faire intervenir les usages du commerce internationaux pour le règlement de leur litige ». Quant à la question de savoir si, dans les faits, les arbitres considèrent qu'ils doivent traiter les dispositions du contrat et les usages sur un pied d'égalité, voir la sentence partielle n° 4840 (1986) (International Chamber of Commerce), reproduite en partie dans Jarvin et al, *Collection of ICC Arbitral Awards, 1986-1990*, Paris, Deventer, 1994. Selon cette décision, les termes du contrat devraient avoir préséance. *Contra* : Déc n° 3820 (1981), [1982] 7 YB Comm Arb 134.

⁴⁷ De nombreuses sentences le constatent. Voir par exemple Déc nos 2745 et 2762 (1977), [1978] JDI 989 (International Chamber of Commerce); Déc n° 4338 (1984), [1985] JDI 981 (International Chamber of Commerce); Déc n° 2583 (1976), [1977] JDI 950 (International Chamber of Commerce). Les observations suivant la sentence rendue dans les affaires nos 2745 et 2762 (1977), [1978] JDI 989 à la p 995 (International Chamber of Commerce) sont particulièrement révélatrices : « Il est par ailleurs intéressant de constater que celle-ci [la loi applicable] n'est appelée à jouer un rôle que dans la mesure où l'application d'un droit national apparaît nécessaire. C'est là une caractéristique de l'arbitrage commercial international où le droit applicable remplit une fonction subsidiaire dans la mesure où on n'y recourt en pratique que lorsque le texte du contrat ou les usages du commerce ne contiennent pas de solution susceptible de résoudre le litige. Bien entendu, cette tendance générale ne s'oppose pas à ce que, dans certains cas, les dispositions du contrat ne soient pas appliquées, soit qu'elles soient contraires à une disposition impérative d'une loi nationale le régissant, soit qu'elles soient incompatibles avec l'ordre public international. » Dans l'affaire n° 4338 (1984), *ibid*, le Tribunal arbitral, en parlant de la loi applicable, en vient à la même conclusion et déclare que « [l]e Tribunal considère que le litige entre les parties qu'il est appelé à examiner est de caractère commercial usuel, et qu'il peut être résolu au regard des dispositions contractuelles et des usages du commerce international sans qu'il y ait lieu de faire appel à une loi particulière ». Voir aussi les observations de Derains qui suivent cette sentence et qui confirment la tendance. Notons que dans cette affaire, le Tribunal a malgré tout décidé qu'il était préférable d'indiquer le droit qui aurait régi les relations contractuelles des parties s'il avait jugé nécessaire de se référer à une loi particulière.

solutions qu'il propose⁴⁸. L'usage se présenterait alors comme un élément de solution à une justice arbitrale dont la fonction première est, rappelons-le, de répondre aux besoins des parties⁴⁹.

Dans la majorité des cas, l'arbitre respecte le choix des parties quant au droit applicable. En effet, dès lors que les parties ont clairement exprimé leur volonté, il ne semble y avoir aucun motif valable de ne pas y donner suite. Or, en jurisprudence, certaines théories plus ou moins précises sont parfois avancées afin de justifier les arbitres d'écarter le droit applicable⁵⁰, notamment quand il s'agit d'un droit national. Par exemple, au nom de la théorie des lacunes – réelles ou supposées – du droit ou de celle des lois de police, certains arbitres se sont autorisés à passer outre la volonté des parties. Fouchard, Gaillard et Goldman enseignent à cet égard que la théorie dite « large » des usages du commerce international permettrait aux arbitres de compléter, voire de corriger les dispositions de la loi choisie par les parties et d'ainsi écarter une volonté par ailleurs clairement exprimée⁵¹.

On doit également se rappeler que les arbitres entretiennent avec le droit national auquel ils ont recours de leur propre chef ou qui leur est imposé par la volonté des parties, un rapport qui diffère de celui qu'un juge étatique connaît avec « son » droit national. En effet, l'arbitre établit avec tout droit national applicable une relation dialogique. L'arbitre est en quelque sorte extérieur au droit. Ainsi, d'une part, il n'a pas à se soucier de l'effet de sa décision sur un quelconque ordre juridique interne (il doit plutôt se préoccuper de l'effet de sa décision dans le cas particulier qui lui est présenté). D'autre part, l'arbitre ne peut prétendre, avec sa sentence, participer à l'évolution d'un ordre juridique interne. Il n'est donc ni contraint par ce droit, ni créateur de droit au sein d'un ordre juridique étatique. Ainsi libéré des tentacules des droits nationaux et sous réserve des questions d'ordre public et de ce qui permet aux parties ou aux arbitres de se prévaloir du soutien d'un ordre national, l'arbitre interprète et applique le droit national avec une grande liberté.

L'arbitre n'a pas recours à la notion d'usage du commerce international à seule fin de pallier les faiblesses et les silences d'un droit, mais aussi aux fins de répondre aux besoins des commerçants et de proposer des solutions qui jouissent d'un large consensus international. Lorsque l'arbitre considère qu'une ou plusieurs dispositions applicables

⁴⁸ Voir à cet effet les observations suivant la sentence n° 2583 (1976), [1977] JDI 951 (International Chamber of Commerce).

⁴⁹ Voir Déc n° 2583 (1976), *ibid*; Déc n° 4338 (1984), *supra* note 47; Déc n° 2475 et n° 2762 (1977), [1978] JDI 995 (International Chamber of Commerce).

⁵⁰ Fouchard, Gaillard et Goldman, *supra* note 4 aux para 1509 et s.

⁵¹ *Ibid* au para 1513.

sont inadaptées aux besoins des parties⁵² ou contreviennent à l'équité du commerce international⁵³, il peut même décider de les écarter. Rappelons que la préoccupation première de l'arbitre, en accord avec la volonté des parties, est de rendre une décision qui réponde à leurs besoins et non de voir à l'application stricte d'un droit étatique⁵⁴.

De même, l'arbitre en appellera à la notion d'usage pour pallier les difficultés inhérentes au droit national qu'il est tenu d'appliquer ou qui a été choisi par les parties. L'obligation qui échoit à l'arbitre d'appliquer un droit national n'est simple qu'en apparence. En effet, bien que, par exemple, le droit français puisse recevoir application dans un litige donné, l'arbitre sera fréquemment appelé à le concilier à plusieurs autres systèmes de droit nationaux, ce qui pourrait inclure, selon les circonstances, le droit régissant la capacité des parties de conclure une convention d'arbitrage, le droit applicable à cette convention, le droit régissant la procédure et le ou les droits régissant la reconnaissance et l'exécution de la sentence. Face à ce pluralisme des sources, l'arbitre préférera parfois, au nom des besoins et des attentes légitimes des opérateurs, recourir aux usages et aux autres composantes de la *lex mercatoria* même si la loi applicable au litige n'est pas contestée. Il le fera parce que les solutions que proposent ces normes ont l'avantage de jouir d'un certain consensus international et qu'elles permettent d'évacuer les difficultés inhérentes à la coexistence de plusieurs droits nationaux qui ont vocation à s'appliquer au même litige. L'arbitre aura donc recours aux usages et à la *lex mercatoria* tantôt pour conforter une solution proposée par un droit national, tantôt pour remédier aux silences ou aux lacunes de ce dernier et toujours pour répondre aux besoins spécifiques du commerce international. Ce faisant, l'arbitre permet au pluralisme juridique qui prévaut au sein du commerce international non pas de constituer une embûche à la quête d'une solution, mais bien d'en constituer une source. Par exemple, dans l'affaire CCI 7375⁵⁵, le Tribunal a décidé d'écarter l'application d'un quelconque droit national au motif que les parties n'avaient rien spécifié quant à son application. L'arbitre devait notamment décider de la durée de la prescription. L'une des parties

⁵² Dans son ouvrage intitulé *L'arbitrage du commerce international et l'ordre public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999, J-B Racine donne des exemples de sentences où l'arbitre écarte une règle d'ordre public de la loi applicable au nom des besoins du commerce international.

⁵³ L'arbitre pourrait par exemple décider d'écarter une disposition du droit national qui aurait été conçue pour s'appliquer aux situations de nature purement interne. Ces situations sont plutôt rares, notamment si l'arbitre n'a pas été investi du pouvoir d'agir à titre d'amiable compositeur.

⁵⁴ René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1981.

⁵⁵ Sentence disponible en ligne : <www.unilex.info>.

soutenait que le droit du Maryland était applicable, alors que l'autre soutenait l'application du droit iranien. L'arbitre a décidé d'écarter toute application d'un quelconque droit national de la manière suivante :

The tribunal will apply those general principles and rules of law applicable to international contractual obligations which qualify as rules of law and which have earned a wide acceptance and international consensus in the international business community, including notions which are said to form part of the *lex mercatoria*, also taking into account any relevant trade usages as well as the UNIDROIT Principles, as far as they can be considered to reflect generally accepted principles and rules.

Et le tribunal de poursuivre en ajoutant :

By grounding its decision on general principles of law (more precisely: on the requirements to act in good faith) – rather than by having regard to the somehow accidental (and necessarily generalized) provisions such as laid down in any particular national law and its provisions on the statute of limitations – the Tribunal will be able to do justice to both Parties in a more appropriate way than if it had to pick the time-bar provisions as they are laid down in some national law.

Dans l'affaire CCI 9875⁵⁶, le Tribunal a adopté une approche similaire face au silence des parties – l'une japonaise, l'autre française –, en écartant l'application d'un droit national au litige :

The most appropriate “rules of law” to be applied to the merits of this case are those of the *lex mercatoria*, that is the rules of law and usages of international trade which have been gradually elaborated by different sources such as the operators of international trade themselves, their associations, the decisions of international arbitral tribunals and some institutions like UNIDROIT and its recently published *Principles of International Commercial Contracts*.

L'arbitre peut, comme il l'a fait ici, valider certaines pratiques émanant de la jurisprudence arbitrale et portant sur les devoirs, les normes de bonne conduite et d'usages et leur conférer, par le fait même, une certaine portée normative. L'arbitre, en ayant recours à la notion d'usage du commerce international, permet de confirmer l'acceptation par la communauté internationale de solutions communément adoptées par plusieurs systèmes juridiques. Ainsi, dans une sentence rendue en 1996, le Tribunal arbitral, après avoir examiné une disposition du *Code de procédure civile* italien qui prévoyait que dans le domaine de l'arbitrage commercial international, un tribunal arbitral est tenu de prendre en considération les termes du contrat et les usages commerciaux, a décidé de se référer aux Principes

⁵⁶ Sentence disponible en ligne : <www.unilex.info>.

d'UNIDROIT qu'il a pris soin de qualifier de « paramètre[s] des principes et des usages du commerce international »⁵⁷. Dans l'affaire CCI 5065, rendue sous l'égide de la CCI, le Tribunal a eu recours aux principes généraux et aux usages du commerce international pour confirmer, au nom de la bonne foi, l'existence d'une clause d'arbitrage⁵⁸. Dans cette même affaire, le Tribunal arbitral, après avoir déterminé que les parties étaient préoccupées par la neutralité du droit applicable au règlement de leur différend, a décidé d'appliquer les principes généraux et des règles spécialement adaptées aux besoins des transactions commerciales internationales, dont les Principes d'UNIDROIT. Le Tribunal a pris soin, dans sa démarche, de préciser que ces règles et principes devaient, pour s'appliquer, bénéficier d'un large consensus à l'échelle internationale⁵⁹. Dans l'affaire CCI 7235, le Tribunal s'est autorisé, après avoir constaté la volonté « implicite » des parties d'exclure l'application d'un quelconque droit national, à recourir aux règles de droit transnationales, aux règles de la *lex mercatoria*, aux usages commerciaux et aux règles supplémentaires ou correctives d'un ordre public transnational⁶⁰.

L'arbitre du commerce international est par ailleurs conforté dans cette démarche par la règle largement reconnue par les principales conventions internationales sur la reconnaissance des sentences arbitrales – dont la *Convention de New York* – et suivant laquelle le juge ne peut réviser au fond la sentence, ce qui inclut la question du choix et de l'application du droit applicable. L'article V de la *Convention de New York* détermine de manière exhaustive les griefs admissibles contre la sentence dont l'exécution est demandée, excluant ainsi toute révision au fond de celle-ci. Sur ces questions, le tribunal arbitral est en quelque sorte protégé contre les risques de recours éventuels à l'encontre de la sentence, ce qui lui assure une plus grande autonomie et lui permet d'évoquer les usages du commerce international sans avoir à se justifier. Il s'agit là, selon nous, de la raison qui explique, au moins en partie, l'indigence de nombreuses décisions où l'arbitre se limite à évoquer l'existence ou la pertinence de l'usage, sans pour autant en justifier l'application ni en décrire les tenants et aboutissants. Cette grande liberté ne va pas sans provoquer un certain

⁵⁷ Sentence arbitrale *ad hoc* rendue le 4 décembre 1996 à Rome (disponible en ligne : <www.unilex.info>). Beaucoup d'autres affaires font référence aux Principes d'UNIDROIT pour conforter les solutions proposées par le droit national. Voir par exemple Déc n° 8240 (1999), Rev DU 169 (International Chamber of Commerce). En matière de principes généraux, voir *Pabalk Ticaret Limited Sirketi c Ugilor S A/ Norsolor*, [1983] Rev arb 525 (International Chamber of Commerce).

⁵⁸ Voir Déc n° 5065, [1987] 4 JDI 1039 (International Chamber of Commerce).

⁵⁹ Sentence partielle rendue en juin 1995 à La Haye sous les auspices de la CCI dans l'affaire n° 7110 (1997), Rev DU 813 (aussi disponible en ligne : <www.unilex.info>).

⁶⁰ Déc n° 7235, [2001] Gaz Pal 37 (International Chamber of Commerce).

degré d'incertitude auprès des opérateurs du commerce international et de leurs avocats. Ces derniers devraient d'ailleurs s'aviser des risques afférents au processus décisionnel des arbitres, notamment lorsque ce processus n'est pas encadré par un choix des parties quant au droit ou aux règles de droit applicables.

b) *La lex mercatoria (ou le droit dit transnational) est applicable*⁶¹

L'arbitre est parfois appelé à appliquer la *lex mercatoria*, soit que ce choix lui est imposé par les parties, soit qu'il y a lui-même recours devant le silence de celles-ci quant au droit applicable. En effet, en vertu de plusieurs lois d'arbitrage, l'arbitre, comme les parties, jouit de la faculté de désigner non pas « un droit » applicable mais bien des « règles de droit » pour trancher le différend tout en répondant aux besoins des parties. Cette faculté lui permettra de recourir non seulement aux solutions proposées par un droit national, mais aussi à celles qui ont été développées par la *lex mercatoria*. Les arbitres doivent alors rechercher les règles applicables à la résolution du conflit, notamment à travers un exercice de droit comparé.

Le commerce international connaît depuis longtemps des règles matérielles qui lui sont propres. Faute d'un législateur international en mesure d'édicter des règles applicables à l'espace commercial mondial, celles que connaît le commerce international sont issues tantôt de pouvoirs non étatiques – CCI et UNIDROIT par exemple –, tantôt de l'activité normative des États⁶², tantôt encore des pratiques du commerce international. Quand elles se présentent sous forme de règles modèles ou de pratiques contractuelles, elles *s'offrent* à la volonté des parties. Lorsqu'elles prennent plutôt la forme de lois modèles, de principes généraux du commerce international, de règles, parfois permissives, parfois prohibitives, ou quand elles se révèlent sous les habits d'usages du commerce international, elles *s'imposent*⁶³ à la volonté des parties, à défaut bien sûr d'une affirmation en sens contraire. Appréhendées comme un tout, ces

⁶¹ L'expression est ici utilisée telle qu'elle est entendue par Fouchard, Gaillard et Goldman, *supra* note 4 au para 1447, pour qui la *lex mercatoria* comprend les règles transnationales (lesquelles recouvrent à leur tour deux notions distinctes soit 1) les règles communes à plusieurs systèmes juridiques et les principes généraux du droit du commerce international dégagés par induction de l'ensemble des grandes familles de systèmes juridiques 2) ainsi que les sources internationales telles que la jurisprudence arbitrale internationale ou les conventions internationales) et les usages du commerce international (que les auteurs définissent selon une approche dite « étroite », comme regroupant seulement les pratiques habituellement suivies dans une branche déterminée d'activité).

⁶² Loquin, « Règles », *supra* note 1.

⁶³ *Ibid.*

règles matérielles forment un véritable droit transnational du commerce international (ou *lex mercatoria*) dont la cohérence ne va pas sans étonner.

Le contenu de la *lex mercatoria*, qu'elle soit applicable au fond ou à la procédure⁶⁴, se déchiffre, au fil des sentences arbitrales, grâce à un processus de syncrétisme juridique qui conduit les arbitres à se livrer à un exercice de droit comparé⁶⁵. Ce processus leur permet d'identifier des règles ou des principes généralement admis dans la communauté internationale⁶⁶ et ainsi d'évincer les particularismes locaux⁶⁷. C'est dans ce contexte que l'arbitre aura le plus souvent tendance à recourir à l'usage du commerce international, au nom de l'impératif d'une justice qui réponde aux besoins des opérateurs du commerce international et afin de retenir des solutions qui jouissent d'un soutien international.

Peu importe l'opinion qu'on puisse avoir sur l'existence d'une *lex mercatoria* ou d'un droit transnational, les sentences arbitrales évoquées jusqu'à maintenant démontrent bien que les arbitres y font appel. Il semble d'ailleurs que le recours à la notion d'usage du commerce international soit encore plus aisé pour l'arbitre lorsque les parties ont expressément prévu que la *lex mercatoria* ou le droit transnational sera applicable à la résolution du différend. En effet, par ce choix, les parties expriment de manière non équivoque leur désir de se soumettre à un droit qui reconnaît de manière plus directe la notion d'usage du commerce international.

Ayant examiné la fonction que l'usage du commerce international occupe en matière de résolution des différends, il importe maintenant d'étudier les sources qui en alimentent le contenu et en justifient l'application. Cet exercice nous permettra, entre autres, de circonscrire le rôle que de nombreuses lois, conventions et règlements attribuent à l'usage. Nous verrons alors que les applications sont, jusqu'à présent, beaucoup plus modestes que l'ampleur du débat qui l'entoure.

⁶⁴ Voir Marie-Claude Rigaud, *La procédure arbitrale transnationale*, Yvon Blais/Bruylant, Cowansville [publication prévue en 2012].

⁶⁵ Il est intéressant de noter que les Principes d'UNIDROIT sont reconnus comme un guide utile dans ce processus comparatiste. Voir Gélinas, *supra* note 10.

⁶⁶ Emmanuel Gaillard, « Trente ans de *Lex Mercatoria* : pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit » [1995] JDI 5.

⁶⁷ Emmanuel Gaillard, « Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international » (2005) 2 Rev arb 375. Très souvent, les solutions identifiées se retrouvent dans les droits nationaux; c'est entre autres ce qui donne à la méthode du droit transnational toute sa force, car elle permet de « légitimer » les règles retenues par leur rattachement à des sources nationales. Les principes communs aux droits nationaux sont donc le point focal de cette méthode.

C) *Les sources de l'usage du commerce international*

L'usage du commerce international joue, au sein du droit commercial international, un rôle dont l'importance continue d'alimenter la controverse⁶⁸. Pourtant, il suffit de parcourir les nombreux instruments à portée nationale ou internationale qui prescrivent l'application – ou, plus simplement, la prise en considération – de l'usage pour se convaincre du rôle qu'il est appelé à jouer⁶⁹.

Au niveau national, la plupart des législations sur l'arbitrage commercial international confirment le principe selon lequel les usages s'imposent aux parties, sauf convention contraire. En droit québécois, par exemple, on reconnaît aux usages un rôle important dans le domaine de l'arbitrage. L'article 944.10 al 3 du *Code de procédure civile*, applicable en matière d'arbitrage domestique et international, prévoit en effet que dans tous les cas, les arbitres « [...] décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables ». En droit français, l'article 1511 du *Code de procédure civile* prescrit que « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce ». En droit néerlandais, l'article 1054 al 4 du *Code de procédure civile* indique que les arbitres, peu importe qu'ils tranchent « selon les règles de la loi applicable ou comme amiables compositeurs, doivent, dans tous les cas, décider conformément aux termes du contrat et tenir compte des usages du commerce applicable à l'opération ». La question se pose alors de savoir de quels usages il est question dans ces dispositions : les usages d'une branche commerciale donnée, les usages nationaux – voire purement locaux –, ou encore les usages du commerce international?

De nombreux documents de nature internationale concernant l'arbitrage international traitent eux aussi de la question des usages : la *Convention européenne sur l'arbitrage international*⁷⁰, la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* adoptée en totalité ou en partie par plus d'une cinquantaine d'États⁷¹, le *Règlement d'arbitrage*

⁶⁸ Kassiss, *supra* note 1 à la p 103.

⁶⁹ *Ibid* à la p 104.

⁷⁰ Article 7 – droit applicable : « 1. Les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige. À défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit qu'ils jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce. »

⁷¹ Article 28(4) : « Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la

de la *CNUDCI*⁷² ainsi qu'un nombre important de règlements d'arbitrage institutionnels⁷³ tels que ceux de la CCI⁷⁴, du International Centre for Dispute Resolution (ICDR)⁷⁵ et de la China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)⁷⁶, y font effectivement référence.

transaction. » Voir aussi les législations nationales en matière d'arbitrage de plus de cinquante pays ayant adopté la loi type sur l'arbitrage commercial international qui exige que les usages soient pris en considération par l'arbitre. Cette liste est disponible en ligne : <www.uncitral.org>.

⁷² Article 33(3) : « Dans tous les cas, le tribunal arbitral [...] tient compte des usages du commerce applicable à l'opération. »

⁷³ Les institutions arbitrales suivantes font aussi référence aux usages et exigent des arbitres qu'ils les prennent en considération : Australian Center for International Arbitration, Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Chamber of Commerce, Industry and Agriculture of Panama, Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas, CPR Institute for Dispute Resolution, German Institution for Arbitration, Hong Kong International Arbitration Centre, Hungarian Chamber of Commerce, Indian Society of Arbitrators, Inter-American Commercial Arbitration Commission, Italian Association of Arbitration, Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, Latvian Chamber of Commerce and Industry, Milan Chamber of National and International Arbitration, Netherlands Arbitration Centre, Portuguese Chamber of Commerce & Industry, Spanish Court of Arbitration, Vietnam International Arbitration Centre, World Intellectual Property Organization. Certains règlements institutionnels n'y font pas référence : Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI), Central Chamber of Commerce in Finland, Euro-Arab Chambers of Commerce, Institute of Arbitration (Belgium), Japan Commercial Arbitration Association, Korean Commercial Arbitration Board, London Court of International Arbitration, Singapore International Arbitration Centre, Stockholm Chamber of Commerce. Malgré ce silence, on peut penser que ces règlements n'empêchent pas les arbitres de prendre en considération l'usage du commerce international.

⁷⁴ Article 17(2) : « Dans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat et des usages du commerce pertinents. » Selon de Boissésou, *supra* note 4 à la p 616, l'expression dans « tous les cas » signifie que « quel que soit le choix des parties ou, à défaut, de l'arbitre, en ce qui concerne le droit applicable, l'arbitre devra appliquer le contrat et les usages du commerce que la jurisprudence arbitrale qui s'est développée sous l'égide de la Chambre de commerce internationale a définis avec clarté, comme les usages du commerce international ».

⁷⁵ L'article 28(2) du règlement d'arbitrage international prévoit que « [i]n arbitrations involving the application of contracts, the tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account usages of the trade applicable to the contract ».

⁷⁶ Voir l'article 43.1 des règles d'arbitrage de cet organisme, qui fait cependant référence à l'expression « pratiques internationales » plutôt qu'au concept d'« usage » : « The arbitral tribunal shall independently and impartially make its arbitral award on the basis of the facts, in accordance with the law and the terms of the contracts, with reference to international practices and in compliance with the principle of fairness and reasonableness. » Ces règles sont disponibles en ligne : <www.cietac.org>.

D'autres instruments à portée internationale, tels que la CVIM⁷⁷ ainsi que les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international⁷⁸, réfèrent également aux usages du commerce.

a) La CVIM

La CVIM ne définit pas l'usage⁷⁹. Elle prévoit néanmoins deux moyens par lesquels celui-ci pourra être appliqué :

Art 9-1. Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles.

Art 9-2. Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée.

Le premier moyen, introduit par l'article 9.1, prévoit que les parties sont liées par les usages au sujet desquels elles se sont entendues. Il suffit de constater la présence d'un véritable consentement⁸⁰, même implicite, pour que les parties soient liées. Le deuxième moyen, mentionné dans cet article, touche aux habitudes qui, pendant un certain temps⁸¹, se seront

⁷⁷ Voir art 9 CVIM.

⁷⁸ L'article 1.9 définit l'applicabilité de l'usage de la façon suivante : 1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti, ainsi que les pratiques qu'elles ont établies entre elles. 2) Elles sont aussi liées par tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée à moins que son application ne soit déraisonnable.

⁷⁹ L'absence de définition dans un texte tel que la CVIM témoigne certainement d'un désir de laisser au décideur la discrétion nécessaire pour le définir dans une situation donnée.

⁸⁰ Franco Ferrari, « Trade usage and practices established between the parties under the CISG » (2003) 5 RDAI 571. Selon cet auteur, ce consentement pourrait même à la rigueur se manifester après la conclusion du contrat.

⁸¹ En pratique, une question se pose toutefois : à partir de quel moment doit-on considérer qu'une habitude s'est créée entre les parties? Par exemple, lorsqu'on accorde à quelques reprises un délai de paiement à un débiteur parce que les sommes en cause ne sont pas très élevées, et que, par la suite, survient une transaction d'une valeur importante, peut-on considérer qu'un usage a été créé et que l'acheteur doit de nouveau accorder un délai de paiement au vendeur? Qu'arrive-t-il si, à quelques occasions, l'acheteur se satisfait d'un produit malgré des variations mineures de qualité ou de quantité? Afin d'éviter des différends, les parties devraient régler ce type de questions au moyen de clauses contractuelles plutôt que de se reposer sur la notion d'usage.

développées entre les parties dans le cadre de leurs relations commerciales. Les usages relevant de l'article 9(2), doivent, pour leur part, être largement reconnus et régulièrement appliqués⁸². Cette disposition recourt d'ailleurs à la notion d'« accord tacite » entre les parties quant à l'application de certains usages. Il est alors nécessaire que deux conditions soient remplies pour que cette disposition puisse s'appliquer : (1) les parties doivent connaître ou avoir dû connaître l'usage en question et (2) l'usage doit être couramment pratiqué dans le champ d'activité en cause et pour le type de contrat visé. On ne s'attend toutefois pas à ce que cet usage soit universellement – c'est-à-dire unanimement – reconnu; il suffit qu'il intéresse le commerce international et qu'il soit effectivement appliqué⁸³. En effet, certains usages sont reconnus du seul fait que les parties, œuvrant dans un champ d'activité donné, sont présumées connaître une pratique bien établie. Toute dérogation à l'article 9(2) doit être expressément prévue dans une clause contractuelle ou au sein d'une condition générale insérée dans l'instrument liant les parties.

Plusieurs considèrent que l'article 9(2) constitue une disposition plus objective que celle de l'article 9(1) dans la mesure où elle prévoit que les parties « sont réputées » s'être référées à certains usages. C'est ainsi que des usages qui, avec le temps, viendraient à s'éloigner des dispositions de la CVIM pourraient néanmoins prévaloir sur celles-ci; on évoquera alors le principe de la primauté des usages sur le texte de la CVIM. En épousant une telle approche, la CVIM a su cerner la nature changeante des usages, tout en permettant aux opérateurs du marché de garder une marge de contrôle sur leurs affaires.

La CVIM constitue, de l'avis de certains, une véritable codification des usages du commerce international⁸⁴. Lors des négociations qui ont

⁸² Ce n'est pas le cas pour les usages relevant de l'article 9(1). En effet, il n'est pas nécessaire de prouver que ces derniers sont largement connus. Voir Ferrari, *supra* note 80 à la p 572. Voir aussi la décision de la Cour suprême d'Autriche, *Oberster Gerichtshof*, 21 mars 2000, (2002) D 320 [*Oberster Gerichtshof*].

⁸³ Les deux critères de la connaissance et de la pratique courante auraient été retenus pour donner écho aux préoccupations de certains pays, entre autres les pays en voie de développement, dont les représentants craignaient que sans eux, les usages nationaux des pays industrialisés leur soient imposés.

⁸⁴ Voir entre autres Claude Samson, « Exportation de biens et de services : La Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises » dans *Les transactions transfrontalières-Crossborder transactions*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, 31 à la p 37. Voir aussi Déc n° 8501, [2001] 4 JDI 1164 à la p 1167 (International Chamber of Commerce) : « [...] le tribunal arbitral est de l'opinion que les principes consacrés par la Convention de Vienne correspondent aux règles et usages du commerce largement admis. Bien que la Convention de Vienne ne soit pas en tant que telle applicable aux contrats ([l'État de la défenderesse] n'ayant pas ratifié cette convention),

mené à l'adoption de la CVIM, de nombreux représentants étatiques se sont tournés, entre autres, vers les codes d'usages et les pratiques contractuelles et arbitrales⁸⁵ pour en concevoir les règles⁸⁶. Il faut bien admettre cependant que cette position est loin de faire l'unanimité et que d'autres auteurs critiquent fermement cette caractérisation à titre de code des usages du commerce international⁸⁷.

À cet égard, nous croyons qu'une approche pragmatique est nécessaire afin d'éviter les grandes catégorisations. On doit plutôt se demander, au cas par cas, si une disposition particulière constitue ou non un usage. Par exemple, le critère de la « contravention essentielle », nécessaire à l'obtention de la résolution d'un contrat assujéti à la CVIM, ne constitue certes pas un usage puisqu'il est inconnu dans la vaste majorité des pays. Par contre, l'obligation imposée aux parties d'un contrat de vente de mitiger leurs dommages pourrait être plus aisément qualifiée d'usage du commerce international car elle répond plus adéquatement aux critères énoncés ci-dessus, notamment en ce qui a trait à la reconnaissance au niveau international.

le Tribunal arbitral estime qu'il peut faire référence à ses dispositions comme l'expression des usages du monde du commerce international ». Voir aussi Déc n° 7331 (1994), [1995] 6 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI 73 (International Chamber of Commerce), dans laquelle la convention est considérée comme étant une expression de la *lex mercatoria*.

⁸⁵ I Fadlallah, « Le projet de convention de la CNUDCI sur la vente de marchandises » (1979) 4 JDI 755.

⁸⁶ C'est d'ailleurs cette symétrie des sources qui amène Loquin à écrire qu'« [i]l est logique que, matériellement, il y ait une convergence des solutions de la Convention et de celles de la *lex mercatoria*... cette convergence produit d'ailleurs un curieux jeu de miroirs. Les solutions données par la *lex mercatoria* sont renforcées par le constat qu'elles sont ainsi consacrées par un traité international. Elle conduit également les tribunaux arbitraux à appliquer la Convention de Vienne, ou en tout cas, certaines de ses règles, au motif qu'elles reprennent les usages du commerce international [...] ». Voir Loquin, « Où en est la *lex mercatoria*? » dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, 23 à la p 48 [Loquin, « *Lex mercatoria* »].

⁸⁷ C'est le cas de Goode : « Accordingly, an international convention or a contractually adopted codification is at most evidence of the uncodified rules previously existing; and by itself it is not very reliable evidence because the purpose of most conventions or contractual codifications is not to reproduce an existing set of universally adopted usages - for in truth no such universality exists - but, rather, to build on existing usage and to provide best solutions to current problems. It is in the nature of conventions and codifications that they do not simply reproduce the status quo; they change it, and sometimes quite radically. The extent to which they are evidence of pre-existing customary rules cannot be determined solely, or even primarily, from the instrument itself except where it expressly states that it is declaring existing custom (a declaration which

b) *Les Principes d'UNIDROIT*⁸⁸

Les Principes d'UNIDROIT sont un système de principes et de règles du droit des contrats qui seraient communs à plusieurs systèmes juridiques tout en étant spécialement adaptés aux conditions particulières qui prévaudraient dans les contrats du commerce international⁸⁹. Produit d'un groupe de travail constitué sous l'égide d'une institution savante internationale, ces principes peuvent être appliqués soit à titre principal – les parties les ont désignés ou les arbitres en l'absence de choix de droit applicable, les choisissent – soit à titre subsidiaire pour interpréter ou compléter le droit national ou le droit uniforme international. L'article 1.9, intitulé *usages et pratiques*, prévoit que :

- 1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti, ainsi que par les pratiques qu'elles ont établies entre elles.
- 2) Elles sont liées par tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée, à moins que son application ne soit déraisonnable.⁹⁰

Ces dispositions ne sont pas sans rappeler celles de l'article 9 de la CVIM. En évoquant les usages auxquels les parties ont consenti (première catégorie d'usage évoquée dans cet article), les Principes d'UNIDROIT ne font que reprendre le principe général de la liberté contractuelle. Les parties sont en effet libres de négocier tout ou partie des clauses de leur contrat ou de référer, au besoin, à d'autres sources, y compris les usages. Les parties pourraient aussi bien se référer à un usage développé dans une

is not always reliable) or where it replaces earlier codified rules; what is required is an examination of the travaux préparatoires and, if this is not sufficient, an analysis of other materials or the reception or oral or documentary evidence of practice to determine the content of the pre-existing rules. » Voir Goode, *supra* note 3 à la p 3.

⁸⁸ Pour une excellente analyse des principes, voir Paul-André Crépeau et Élise M Charpentier, *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées?*, Scarborough, Carswell, 1998. Une nouvelle version des principes est attendue depuis quelque temps et devrait être adoptée en 2011. Ces principes peuvent être consultés en ligne : <<http://www.unidroit.org/french/principles>>. Il s'agit de principes énoncés à la manière d'un *Restatement* américain, divisés en sept chapitres : dispositions générales, formation, validité, interprétation, contenu, exécution et inexécution des contrats internationaux.

⁸⁹ Voir le préambule des Principes, version 2004: « Sur la question des Principes d'UNIDROIT et de la *lex mercatoria*, voir Antoine Leduc, « L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : thèse et antithèse » (2001) 35 RJT429.

⁹⁰ Les conditions posées par cet article devront aussi être remplies dans les cas et pour les objectifs expressément prévus aux articles 2.1.6(3), 4.3 et 5.1.2.

branche commerciale à laquelle aucune d'elles n'appartient ou un usage relatif à un autre type de contrat⁹¹.

Le paragraphe 2 de l'article 1.9 énumère pour sa part les critères qui seront appliqués en l'absence d'un accord spécifique entre les parties quant aux usages. Que l'usage soit local, national ou international, il doit être « largement reconnu et régulièrement observé entre les parties dans la branche commerciale considérée ». La référence au commerce international n'aurait d'autre objectif que d'éviter que des parties invoquent, dans des opérations avec des étrangers, des usages qui se seraient développés pour les transactions internes et limités à ces dernières⁹².

Que ce soit aux termes du premier ou du deuxième alinéa de l'article 1.9, une fois qu'il est établi qu'un certain usage est applicable à un cas donné, celui-ci l'emportera sur toute disposition contraire des Principes d'UNIDROIT. Il en est ainsi parce que les usages sont reconnus comme constituant des clauses implicites. À l'inverse, les usages seront écartés par toute clause expresse contenue dans un contrat, bien qu'ils continuent à l'emporter sur les Principes d'UNIDROIT⁹³.

Même si certains refusent catégoriquement cette qualification, les Principes d'UNIDROIT représentent, de l'avis de bien d'autres, une codification des usages du commerce international. Décrits comme le résultat d'un consensus international, comme « pièce maîtresse des principes généraux applicables aux contrats internationaux »⁹⁴, ou comme des miroirs des usages du commerce international⁹⁵, ces principes ont à

⁹¹ Voir les commentaires accompagnant l'article 1.9 de la version 2004 des Principes d'UNIDROIT. Il est ajouté au paragraphe 3 : « L'on peut même concevoir que les parties décideront d'appliquer ce que l'on appelle parfois de façon erronée des usages, c'est-à-dire un ensemble de règles émanant d'une association commerciale donnée ayant pour titre "Usages", mais qui ne reflète qu'en partie des lignes de conduite établies en général. »

⁹² Voir le commentaire 4 accompagnant l'article 1.9 de la version 2004 des Principes d'UNIDROIT. Au surplus, selon ce même paragraphe, « [c]e n'est que de façon exceptionnelle que les usages ayant une origine purement locale ou nationale seront appliqués sans que les parties y aient fait référence ». Il faudra dans ce cas établir qu'ils sont régulièrement suivis aussi dans le cadre de transactions avec des étrangers.

⁹³ Les seules exceptions étant bien sûr les dispositions impératives. Voir le commentaire 6, « Primauté des usages sur les Principes », accompagnant l'article 1.9 des Principes d'UNIDROIT.

⁹⁴ Emmanuel S Darankoum, « L'application des Principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges étatiques » (2002) 36 RJT 421 à la p 435.

⁹⁵ Sentence arbitrale *ad hoc*, Buenos Aires, Argentine, 10.xii.1997; Déc n° 8502, [1999] 2 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI 74 (International Chamber of Commerce); Déc n° 8873, [1999] 4 Rev DU 1011 (International Chamber of

tout le moins le mérite de proposer une topologie de la réalité complexe des transactions commerciales internationales⁹⁶. Selon nous, il faut se méfier de la prétention selon laquelle les Principes d'UNIDROIT constituent une codification des usages. La qualification éventuelle d'un ou de plusieurs principes contenus dans cet instrument appelle, en effet, une approche pragmatique visant à examiner au cas par cas ces dispositions. Nous estimons par exemple que la nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion en cas d'avantage excessif (art 3.10), de même que la notion de *hardship* à titre d'événement pouvant altérer fondamentalement l'équilibre des prestations (art 6.2.1 et suivants) ne constitue pas un usage du commerce international⁹⁷.

La multiplicité des références à l'usage tant dans les législations nationales que dans les instruments internationaux mentionnés ci-dessus, en alimentent l'existence tout en la confirmant. En effet, en plus des divers

Commerce). Dans la Déc n° 9479 (1999), [2001] XII:2 Bull CCI 67 (International Chamber of Commerce), le Tribunal arbitral admet que les Principes d'UNIDROIT représentent, bien que de façon incomplète, les usages du commerce international.

⁹⁶ Il faut dire que les Principes d'UNIDROIT ont très tôt été utilisés comme outil d'interprétation pour combler certaines lacunes de la CVIM. Cette approche ne choque aucunement, selon plusieurs, dans la mesure où la CVIM et les Principes d'UNIDROIT se sont inspirés des mêmes sources, soit les usages commerciaux et les principes généraux du droit. Voir, par exemple, les sentences de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce autrichienne, n° SCH-4318 et n° SCH 4366 (1994), [1995] JDI 1055; sentence arbitrale de la Chambre de commerce internationale de Bâle (Suisse), n° 8128 (1995), [1996] JDI 1024; Déc n° 8769 (1996), (2000) 11:2 Digest of Presentation at ICAB 69 (International Chamber of Commerce); Déc n° 8817 (1897), [1999] 10:2 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI 75 (International Chamber of Commerce); Déc n° 8908 (1998), (1999) 10:2 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI 83 (International Chamber of Commerce).

⁹⁷ Voir en ce sens la Déc n° 8873, [1998] JDI 1017 (International Chamber of Commerce), où un doute est exprimé sur l'existence d'un usage en matière de *hardship* : « dans le contrat, dès lors que les parties n'ont fait aucune référence aux principes en question, et que la formulation de la clause sur la loi applicable permet d'exclure avec certitude que les parties aient voulu soumettre le contrat à la *lex mercatoria*, on ne voit pas comment les principes en question pourraient trouver application en tant que tels. Le seul moyen de justifier leur application serait de dire qu'il s'agit d'une codification des usages existants et que les Principes d'UNIDROIT devraient être appliqués en cette qualité d'usages codifiés par UNIDROIT. Pour arriver à cette conclusion, il faudrait prouver que les règles invoquées par la demanderesse (et en particulier celles sur la *hardship*, contenues dans les articles 6-261 et s.) correspondent à un usage du commerce international généralement établi, auquel les personnes engagées dans le commerce international se considèrent liées sans besoin d'une stipulation expresse en ce sens ». Pour une excellente analyse de la notion de *hardship*, voir Josée Ringuette, *Le hardship : vers une reconnaissance du principe par les tribunaux arbitraux du commerce international*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2003 [non publié].

instruments de droit interne ou international auxquels il a été fait référence, le droit commercial interne de plusieurs nations, la jurisprudence qu'il génère ainsi que les codifications d'organisations savantes et certaines conventions internationales confirment le rôle de l'usage et parfois, par un certain effet de miroir, alimentent à leur tour son contenu.

c) *Les autres sources*

Nombreux sont les usages du commerce international qui ont su s'attirer une certaine légitimité, entre autres, en retenant des solutions déjà prévues par de nombreux droits nationaux. Selon Loquin, lorsque les arbitres réfèrent à un ou plusieurs droits nationaux, ils confirment l'universalité des usages qu'ils constatent et en consacrent le caractère véritablement international, voire transnational⁹⁸. Prenons par exemple l'usage du commerce international selon lequel « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui »⁹⁹, usage qui se serait directement inspiré du concept anglo-américain d'*estoppel*, du *concedit venire contra factum proprium* allemand et de son équivalent en droit français¹⁰⁰. Ici, la « source » même de l'usage est puisée dans plusieurs droits nationaux, et ce, pour en renforcer la valeur. Ainsi, la source de l'usage peut consister en un ou plusieurs principes communs aux droits des États, ou encore en des notions propres à une famille juridique donnée, mais connaissant aussi des incarnations dans d'autres¹⁰¹. L'obligation qui incombe à une partie de « minimiser ses pertes », la *mitigation* de la common law, connue de la grande majorité des familles juridiques sous des formes diverses¹⁰² et que les arbitres invoquent parfois au nom des usages du commerce international¹⁰³, constitue un autre exemple concret d'emprunt aux sources étatiques permettant de confirmer l'existence de l'usage. Ce faisant, ces arbitres confirment à leur tour la nature véritablement internationale de la solution qu'ils retiennent, tout en s'assurant de l'exécution de la sentence¹⁰⁴.

⁹⁸ Loquin, « Usages », *supra* note 1 à la p 188.

⁹⁹ Il faut préciser ici que cette qualification est loin de faire l'unanimité. Plusieurs considèrent qu'il s'agit plutôt d'un principe général du droit et non d'un usage.

¹⁰⁰ Loquin, « Usages », *supra* note 1 à la p 189. Voir aussi la sentence rendue dans *Amco Asia Corporation and others v The Republic of Indonesia and another* (1983), [1984] 23 ILM 351, où le Tribunal qualifie la notion d'*estoppel* de principe transnational, applicable dans cette cause parce que les parties n'avaient expressément opté pour aucun droit applicable. Pour un commentaire détaillé sur la sentence, voir Kahn, « Principes », *supra* note 30.

¹⁰¹ Loquin, « Usages », *supra* note 1 à la p 188.

¹⁰² *Ibid* aux pp 188-89. Loquin cite à cet effet le droit américain, anglais, suisse, italien et français.

¹⁰³ *Ibid*.

¹⁰⁴ *Ibid*. Loquin écrit en ce sens : « La jurisprudence arbitrale retient souvent comme usage du commerce international une règle commune à l'ensemble des

En plus des solutions retenues par des systèmes juridiques nationaux, la jurisprudence étatique offre elle aussi son soutien à la reconnaissance des usages du commerce international. Ainsi, dans la sentence CCI 1526¹⁰⁵, les arbitres ont constaté que le tribunal, dans une autre affaire, s'était replié sur une formulation de la Cour de cassation française touchant le commerce international pour fonder sa décision quant à l'autonomie juridique de la clause compromissoire¹⁰⁶. Il en fut de même dans l'affaire *Elf Aquitaine Iran*¹⁰⁷, où le Tribunal a justifié le bien-fondé de ce même principe en évoquant la reconnaissance dont il a été l'objet de la part de tribunaux américains, français et allemands¹⁰⁸.

L'arbitrage commercial international, de même que les sentences arbitrales qu'il génère, constituent à leur tour « un formidable instrument de développement des usages du commerce international, soit qu'il [l'arbitrage commercial international] [en] constate l'existence, soit qu'il contribue à les forger lui-même »¹⁰⁹. Le concept d'usage du commerce international et l'institution même de l'arbitrage commercial international

législations des nations commerçantes. Il ne faut pas voir ce phénomène comme le moyen d'éviter le choix d'une loi étatique en appliquant en quelque sorte le tronc commun des législations en conflit. La motivation des sentences montre que les arbitres ne se contentent pas de dégager des principes communs aux seuls droits en conflit. Bien au contraire, ils entendent établir l'universalité des principes dégagés, et cela en vue d'établir leur caractère véritablement transnational. De plus, leur application n'est pas systématique. Encore faut-il qu'ils soient appropriés aux besoins du commerce international » [références omises].

¹⁰⁵ Déc n° 1526 (1968), [1974] JDI 915 (International Chamber of Commerce).

¹⁰⁶ Dans son commentaire sur la décision, Yves Derains, en se référant aux propos de P Fouchard, qualifie le principe de la compétence de l'arbitre pour se prononcer sur sa propre compétence comme étant « une véritable coutume internationale de la pratique arbitrale », *ibid* à la p 918.

¹⁰⁷ *Elf Aquitaine Iran c National Iranian Oil Company*, [1984] Rev arb 401 [*Elf Aquitaine Iran*]. Voir le commentaire de Philippe Fouchard, « L'arbitrage *Elf Aquitaine Iran c National Iranian Oil Company*, une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage » [1984] Rev arb 333.

¹⁰⁸ Loquin, « Usages », *supra* note 1 à la p 184. L'auteur donne aussi des exemples démontrant que les interactions entre la jurisprudence des juges étatiques et les décideurs arbitraux vont dans les deux sens et qu'il arrive fréquemment que les premiers puisent à la jurisprudence des seconds.

¹⁰⁹ Osman, *supra* note 31 à la p 266. Selon l'auteur, les arbitres font plus que simplement constater les usages, ils sont aussi à l'origine d'une production normative « dont l'importance quantitative et qualitative va croissant » (*ibid* à la p 14). Il faut noter qu'un certain courant doctrinaire, dont A Kassis est le plus fervent ambassadeur, refuse de reconnaître à la jurisprudence arbitrale l'appellation de « source du droit commercial international »; voir Kassis, *supra* note 1. Voir de plus, dans la même veine, François Rigaux, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, (1989) 213:1 Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 9.

entretiennent d'ailleurs des relations étroites : « [...] si l'arbitrage international contribue à la cohésion des usages en évitant que leur interprétation contradictoire par les diverses juridictions nationales n'affecte leur caractère anational, l'existence de normes propres au commerce international est par ailleurs l'une des raisons de la faveur actuelle pour la procédure arbitrale »¹¹⁰. En ce sens, dans la sentence CCI 4131, le Tribunal arbitral constate le rôle en quelque sorte révélateur de la jurisprudence arbitrale¹¹¹ en affirmant que les décisions rendues par les tribunaux arbitraux « forment progressivement une jurisprudence dont il échet de tenir compte car elle déduit les conséquences de la réalité économique et est conforme aux besoins du commerce international, auxquels doivent répondre les règles spécifiques, elles-mêmes progressivement élaborées, de l'arbitrage international »¹¹². Il n'est d'ailleurs pas rare qu'une décision arbitrale se réfère à d'autres décisions pour se valider elle-même¹¹³. De la répétition des précédents et de l'autorité qui leur est conférée naîtraient ainsi certains usages¹¹⁴.

Parfois, les usages reconnus par les arbitres prennent source dans des clauses contractuelles usuelles et des codifications d'institutions savantes. Par exemple, dans une sentence rendue sous l'égide de la CCI, certaines notions contenues dans un *Master Agreement* et codifiées par la *Factor Chain International* ont été qualifiées d'usages du commerce international¹¹⁵. Dans une autre décision rendue sous l'égide de la CCI¹¹⁶, un Tribunal arbitral a reconnu comme usage le recours à la méthode de calcul des dommages-intérêts dite des *liquidated damages* que le tribunal a qualifié « d'usage général dans les contrats internationaux de travaux

¹¹⁰ Derains, « Statut », *supra* note 19 à la p 123. Selon Deumier, *supra* note 1 à la p 243, il ne faut pas s'étonner de la place importante qu'occupe la jurisprudence arbitrale. Selon cette auteure, il est bien connu que les commerçants désirent être jugés par leurs pairs, et ce, pour de nombreuses raisons, dont la connaissance par ces derniers des usages du milieu.

¹¹¹ Yves Derains et Sigvard Jarvin, « Chronique de sentences arbitrales » [1983] JDI 889.

¹¹² Déc n° 4131, [1983] JDI 899 (International Chamber of Commerce).

¹¹³ Voir les exemples donnés par Loquin, « Usages », *supra* note 1 à la p 185. Voir aussi la sentence rendue dans la fameuse affaire *Elf Aquitaine Iran*, *supra* note 107.

¹¹⁴ Loquin, *supra* note 1 à la p 185. Notons ici une limite importante liée au caractère confidentiel des sentences arbitrales. En effet, les sentences publiées ne constituent qu'un petit échantillon des décisions rendues dans l'arène arbitrale, la plupart du temps prononcées dans l'ignorance d'autres sentences portant sur des thèmes voisins.

¹¹⁵ Loquin, *Amiable composition*, *supra* note 16 à la p 32; Déc n° 3202, [1979] JDI 1003 (International Chamber of Commerce).

¹¹⁶ Déc n° 1675, [1980] JDI 965 (International Chamber of Commerce).

publics »¹¹⁷. Il arrive aussi que des pratiques contractuelles formalisées sous forme de contrats types puissent se transformer en usages¹¹⁸ non seulement à travers des décisions de tribunaux arbitraux, mais aussi à travers celles de tribunaux étatiques¹¹⁹.

Les propos qui précèdent démontrent la pluralité des sources auxquelles puise l'usage du commerce international afin de se définir et de s'adapter aux besoins des opérateurs. Ceux qui suivent proposent d'en examiner le contenu.

2. *Le contenu des usages du commerce international*

En dépit des imprécisions qui accompagnent la notion d'usage du commerce international, on ne peut ignorer qu'il y est fréquemment fait référence tant dans les relations commerciales internationales qu'en matière d'arbitrage. Ceci étant dit, il s'agit maintenant d'observer, dans une perspective pratique, les diverses formes que l'usage peut revêtir.

Afin d'atteindre notre objectif et, en parallèle, pour répondre aux besoins des praticiens, nous avons cru bon de dresser une sorte d'inventaire des usages du commerce international. Étant donné leur diversité¹²⁰ et le manque de précision¹²¹ qui caractérise les décisions

¹¹⁷ Une autre décision reconnaît comme usage l'application des pénalités contractuelles fixées dans ce type de transactions; voir Déc n° 2139, [1975] JDI 929 (International Chamber of Commerce).

¹¹⁸ Loquin, « *Lex mercatoria* », *supra* note 86 à la p 303. Par exemple, dans la sentence n° 2139, [1975] JDI 929 (International Chamber of Commerce), les arbitres font référence à un usage observé dans de nombreux contrats pour calculer l'étendue exacte des dommages : « considérant que l'entreprise ne rapporte pas la preuve de l'étendue exacte de son préjudice qu'elle fixe en recourant à des éléments arbitraires; considérant cependant qu'il résulte des documents exhibés au tribunal qu'une pénalisation de (x) dollars par unité de charge de matière première non livrée ou non enlevée est usuelle en la matière et qu'elle figure dans de nombreux contrats du même type ».

¹¹⁹ Loquin cite la décision de la Cour d'appel de Paris du 17 mai 1995, [1996] JDI 110 (note E Loquin), où il est précisé que « la référence aux Conditions IGPA Spot Contract est générale dans les contrats relatifs au négoce du poivre et que les parties ont eu nécessairement connaissance de l'existence d'une clause compromissaire qui a acquis l'autorité d'un usage dans le type de contrat dont il s'agit et qu'elles ont acceptée, faute d'en exclure expressément l'application dans le cas considéré ».

¹²⁰ Berthold Goldman, « *La lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives » [1979] JDI 475; Fouchard, « État », *supra* note 20 à la p 71; Fouchard, « Usages », *supra* note 28.

¹²¹ Cette difficulté a été particulièrement bien cernée par Jeanne Boucourechliev, qui affirme : « Il y a d'autre part un jeu très subtil dans tout usage entre le passé et l'actuel, entre le général et le particulier, entre ce qui est en train de surgir et qui n'est pas encore l'usage, et ce qui est en train de disparaître et qui ne l'est peut-être déjà plus. [...] Mais la

arbitrales et judiciaires où ils interviennent, l'exercice ne peut prétendre à l'exhaustivité¹²².

L'exercice est important pour le praticien puisque dès lors qu'une notion est qualifiée d'usage du commerce international, elle peut être mise à contribution dans le processus décisionnel menant au prononcé d'une sentence ou d'un jugement.

Le présent chapitre est divisé en deux sections. La première fait état de nos recherches sur les usages dits « spontanés ». Par-là, nous entendons un usage du commerce non codifié, né de la pratique des relations commerciales internationales et reconnu tant par les opérateurs que par la jurisprudence arbitrale. La deuxième section sera consacrée à une codification professionnelle largement utilisée dans le commerce international : les Incoterms. Nous nous interrogerons entre autres sur les conséquences et le bien-fondé de les qualifier d'« usages du commerce international ».

A) *Les usages spontanés*

Dans cette section, nous avons cru bon de créer deux paragraphes afin de refléter la distinction qui, selon nous, doit être établie entre deux types d'usages spontanés. Tout d'abord, nous traiterons des usages qui n'ont pas vocation à s'appliquer universellement (Paragraphe 1).

Malgré les réserves que nous avons émises dans les pages précédentes concernant les flottements terminologiques qui semblent assaillir la jurisprudence et la doctrine à leur sujet, un certain nombre d'usages semblent s'être imposés « par leur répétition et leur indéniable caractère de généralité »¹²³ au sein du commerce international et dans le processus décisionnel des arbitres. Un deuxième paragraphe sera consacré aux usages à vocation universelle (Paragraphe 2).

constatation de l'usage à un moment donné, dans un domaine donné, pour un type de contrat donné, en est de ce fait délicate. » Boucourechliev, *supra* note 28 à la p 29.

¹²² Certains ouvrages ont répertorié les usages existant dans des sphères spécifiques d'activités, voir par exemple Philippe Kahn, *La vente commerciale internationale*, Paris, Dalloz, 1961; André Jacquemont, *L'émission des emprunts euro-obligataires*, Paris, Litec, 1976; Joëlle Simon, *Le commerce international des céréales : pouvoirs étatiques et pouvoirs économiques privés*, thèse de doctorat en droit, Paris II, 1982 [non publiée]; Joseph Jehl, *Le commerce international de la technologie*, Paris, Litec, 1984.

¹²³ De Boissésou, *supra* note 4 à la p 646.

a) *Les usages du commerce international à vocation non universelle*

Il s'agira ici de donner des exemples d'usages qui, bien qu'ils soient appelés à intervenir dans le contexte du commerce international, sont avant tout de nature régionale ou nationale ou tout simplement applicables dans une branche d'activité spécifique. N'appartenant parfois qu'à un cercle géographique ou professionnel relativement restreint, il est plus difficile d'en faire une synthèse d'autant plus que leur très grand nombre ne rend possible qu'un très bref tour d'horizon de la réalité qu'ils partagent. C'est pourquoi ce premier paragraphe devrait avant tout être examiné comme représentant une liste d'exemples de ce type d'usages.

Nombreux sont les usages dits du commerce international qui, malgré leur appellation, n'ont pas vocation à s'appliquer à tous les types de transaction ou dans tous les secteurs d'activité. Ces usages font plutôt office de code de conduite destiné aux commerçants œuvrant, par exemple, dans un port de mer donné ou dans une branche d'activité précise. Qu'il s'agisse du domaine de l'affacturage international¹²⁴, de l'industrie minière¹²⁵, de l'industrie du bois¹²⁶, du papier¹²⁷, de la pomme de terre¹²⁸, du pétrole¹²⁹ ou encore du commerce électronique¹³⁰, de nombreux usages se sont développés afin de définir les « règles du jeu » dans ces domaines spécifiques. De la même manière, d'autres usages spécifiques se sont progressivement imposés aux commerçants œuvrant dans des lieux comme le port de Rotterdam ou de Baku. Par exemple, dans l'affaire *Aramco*¹³¹, une clause d'arbitrage prévoyait que les questions rentrant dans la compétence de l'Arabie Saoudite seraient décidées selon le droit saoudien alors que le droit applicable aux autres questions serait déterminé par le tribunal arbitral. Celui-ci a été appelé à qualifier la concession

¹²⁴ Déc n° 3202, [1979] JDI 1003 (International Chamber of Commerce).

¹²⁵ Ferrari, *supra* note 80 aux notes infrapaginales 85 et 87.

¹²⁶ *Oberster Gerichtshof*, *supra* note 82 (obs partiellement crit U Babusiaux).

¹²⁷ « Le vendeur en CAF de pâte à papier ne saurait encourir aucune responsabilité relativement aux avaries à la marchandise transportée à raison de son emballage car il est notoire que la pâte à papier est si peu fragile qu'elle voyage la plupart du temps à nu sur le navire, et que c'est une pratique courante qu'un emballage constitué de feuilles de papier, comme c'était le cas en espèce, qui est, au surplus, une précaution supplémentaire qui met le vendeur à l'abri de toute critique. » (Trib com Seine, 25 novembre 1968, (1969) Dr Mar Fr 419).

¹²⁸ Voir note de résumé précédant les deux décisions; CA Paris, *E Villate c G Bateman*, 10 février 1981, (1982) Rev arb 283.

¹²⁹ Déc n° 3202, [1979] JDI 1003 (International Chamber of Commerce).

¹³⁰ Vincent Gautrais, Guy Lefebvre et Karim Benyekhlef, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica* » [1997] RDAI 547.

¹³¹ *Gouvernement de l'Arabie Saoudite c Arabian American Oil Company (ARAMCO)*, 23 août 1958, (1963) Rev crit dr int privé 272.

pétrolière à propos de laquelle il a affirmé qu'en cas de lacune du droit saoudien, il y aurait lieu :

de rechercher les principes applicables, en ayant recours aux coutumes et usages qui sont établis dans le monde pour l'industrie et le commerce du pétrole, et, à défaut de coutumes ou d'usages, le tribunal s'inspirera des solutions consacrées par la jurisprudence, la doctrine mondiale et la science juridique pure.

Dans une affaire de la Cour d'arbitrage de la Chambre polonaise de commerce extérieur, le tribunal a reconnu l'existence d'un usage du commerce international dans le domaine de la vente internationale de papier d'imprimerie selon lequel le poids du papier devait être déterminé sur la base d'une opération comptable tenant compte aussi bien du grammage que de la quantité et du volume des feuilles¹³². Pour ce qui est des effets internationaux de la concession, le Tribunal a aussi fait appel aux coutumes et usages établis en droit maritime et dans le domaine commercial du pétrole¹³³. Concernant le transport maritime sous connaissement par exemple, il a été reconnu que l'utilisation d'une barge dans un port en eaux peu profondes (comme à Vancouver) constitue une opération normale qui obéit aux règles usuelles du contrat de transport; il serait dès lors vain de chercher à invalider les principes de limitation de responsabilité au motif que l'opération constituerait un transport en pontée susceptible d'engendrer plus de dommages¹³⁴.

b) Les usages à vocation universelle

Le deuxième paragraphe propose pour sa part une énumération un peu plus exhaustive des usages du commerce international à vocation universelle. Certains des usages auxquels il sera fait référence sont loin de faire l'unanimité. Nous avons néanmoins choisi de les y inclure, tout en faisant état de la controverse qui entoure leur qualification.

C'est au sujet des usages à vocation universelle que la confusion terminologique dont nous avons déjà fait état semble trouver son terrain de prédilection. C'est en effet à cet égard que la jurisprudence et la doctrine se sont rendues coupables des glissements terminologiques les plus importants. En ce sens, quatre mises en garde peuvent être ici servies au lecteur comme au praticien.

¹³² Sentence du 4 novembre 1971, n° A 613/79, citée dans Jerzy Rajski et Maciej Tomaszewski, « Chronique des jurisprudences nationales relatives aux contrats internationaux » (1980) 3 DPCI 417.

¹³³ De Boissésou, *supra* note 4 à la p 619.

¹³⁴ *Falconbridge Nickel Mines Ltd c Chimo Shipping Ltd*, [1974] RCS 933.

Tout d'abord, chacun des usages du commerce international dont nous ferons ici état a été qualifié, à tort ou à raison, par au moins un auteur ou une décision arbitrale de « principe général ». Il s'agit par exemple du principe de bonne foi qui, bien que qualifié par une certaine doctrine¹³⁵ et un certain courant jurisprudentiel¹³⁶ comme constituant un usage du commerce international, est couramment reconnu comme étant un principe général du droit.

Dans un second temps, en matière de qualification, certaines notions sont plus unanimement reconnues que d'autres. Le degré de consensus est à cet égard variable. Mais qu'à cela ne tienne : il importe avant tout d'en « aviser » le praticien afin qu'il se garde bien, en cette matière, de s'arrêter aux seuls mots employés. Par exemple, une partie pourrait désigner sous l'appellation d'« usage » ce qui constitue en réalité un principe général. Le praticien gagnera aussi à connaître les usages qui ont été reconnus afin, le cas échéant, de les exclure expressément dès l'étape de la rédaction du contrat ou d'en plaider ou non l'exclusion au tout début d'une procédure arbitrale.

Troisièmement, une revue de la jurisprudence, principalement de source arbitrale et portant sur un usage donné, révélera un manque flagrant de détails. Comme nous l'avons déjà indiqué, l'arbitre, sachant que sa sentence ne pourra être révisée sur le fond, se contentera souvent d'indiquer qu'il en arrive à un résultat donné sur la base des usages en vigueur dans le commerce international, sans pour autant en spécifier le contenu ou la portée et sans en justifier l'application. De plus, notons que les observations et les commentaires des juristes qui accompagnent les nombreuses sentences publiées proposent parfois des conclusions suggérant que la décision a été rendue au nom des usages du commerce international alors que le concept même de l'usage n'a même pas été évoqué par l'arbitre.

Les propos qui suivent tendent à établir qu'il existe un réel déséquilibre entre, d'une part, la place importante qui est donnée à l'usage au sein des instruments tant nationaux qu'internationaux et, d'autre part, la liste plutôt modeste de ses manifestations. En effet, mises à part quelques notions pour lesquelles se fait jour un consensus un peu plus important, la qualification d'« usage du commerce international » semble être source de débats plutôt que de certitudes juridiques. Cet état de fait est particulièrement inquiétant eu égard à l'impact des usages du commerce international sur la décision qui sera rendue. Rappelons-le : l'usage du

¹³⁵ Fouchard, « État », *supra* note 20 à la p 84.

¹³⁶ *Ibid.*

commerce international est susceptible de s'appliquer alors même que les parties ne l'auraient pas prévu.

D'autres avant nous ont proposé un inventaire des usages du commerce international¹³⁷. Loquin suggère ainsi la liste suivante : (1) la présomption de compétence des opérateurs du commerce international; (2) l'effectivité de la clause compromissoire, d'où découle (3) l'aptitude de l'État de compromettre; (4) l'indépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat principal; (5) la validité de la clause compromissoire indépendamment de toute restriction apportée par les droits étatiques; (6) l'opposabilité de la clause compromissoire aux sociétés d'un même groupe, non signataires; (7) l'inopposabilité du défaut de pouvoir du négociateur du contrat; (8) l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui; (9) la présomption d'acquiescement à l'acte différent de celui défini par le contrat; (10) l'obligation de renégocier; (11) l'obligation de minimiser le dommage subi; (12) la répartition égalitaire de la charge des aléas; (13) l'obligation de tout révéler et (14) l'inopposabilité des contrats de corruption.

Une liste très similaire est reprise par Fouchard, Gaillard et Goldman dans leur traité, sous la section « méthode et contenu de la *lex mercatoria* », et plus spécifiquement sous la théorie des principes généraux du droit commercial international¹³⁸. Ces auteurs présentent une division en trois catégories soit les principes relatifs à la validité des conventions, les

¹³⁷ Loquin, « Usages », *supra* note 1 aux pp 169 et s; Fouchard, Gaillard et Goldman, *supra* note 4. Selon de Boissésou, *supra* note 4 à la p 646, les usages du commerce international sont : (1) l'application par l'arbitre des INCOTERMS de la Chambre de commerce internationale alors que le contrat n'y faisait pas référence (présomption de connaissance professionnelle); (2) le respect du prix convenu malgré une augmentation des marchandises sur le marché et le droit spécifique de réparation en matière de vente pour l'acheteur; (3) la responsabilité contractuelle (cette notion serait davantage un principe qu'un usage); (4) l'établissement de *liquidated damages*; (5) l'extension des effets de la convention d'arbitrage à l'intérieur d'un groupe de sociétés; (6) l'évolution d'une rémunération due en cas de résiliation en fonction de la partie exécutée de l'obligation par rapport à l'ensemble des prestations successives prévues au contrat. Voir aussi Lord Justice Michael Mustill, « The New *Lex Mercatoria* : the First Twenty-Five Years » (1988) 4:2 *Arb Int'l* 86 spéc aux pp 110-14, qui dresse une liste de 25 principes de la *lex mercatoria* au cours de vingt-cinq ans d'arbitrage international, ce qu'il considère comme étant modeste. Pour sa part, Klaus Peter Berger, dans son volume intitulé *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, énumère plus de 75 principes.

¹³⁸ Voir Fouchard, Gaillard et Goldman, *supra* note 4 aux para 1455, 1459 et s. Les auteurs mentionnent d'ailleurs que la présentation de ces principes sous forme d'une liste est nécessairement réductrice, rappelant en ce sens que les principes généraux participent davantage d'une méthode que d'une simple énumération.

principes relatifs à l'interprétation des conventions et enfin les principes relatifs à l'exécution des conventions. Le lecteur trouvera ci-après la liste des usages que nous avons dégagée de nos recherches.

La présomption de connaissance professionnelle est sans doute l'un des usages du commerce international le plus souvent reconnu. Suivant cette présomption, un professionnel ne peut se prévaloir de sa propre erreur pour demander l'annulation du contrat, sauf pour des cas d'exception limités. Une de ses manifestations consisterait en l'obligation imposée aux parties de dénoncer immédiatement la mauvaise exécution du contrat¹³⁹. Ainsi, « l'erreur de fait ou de droit ne peut être reçue dans les relations commerciales internationales car elle est incompatible avec la présomption de compétence affirmée par l'usage »¹⁴⁰. Cette présomption est souvent invoquée par les arbitres pour justifier le respect strict de la force obligatoire des contrats. Dans ce contexte particulier, les parties à une entente commerciale internationale seraient donc présumées avoir pris toutes les dispositions nécessaires pour protéger leurs droits et leurs intérêts respectifs et pour pallier les impondérables. Au nom du professionnalisme présumé des opérateurs du marché, on refuse d'appliquer la doctrine du *rebus sic standibus*, même dans les contrats de longue durée, puisqu'on suppose alors que les parties auraient pu, au moyen des clauses appropriées, se prémunir contre les risques associés à ce type de contrats. Dans l'affaire CCI 1512, l'arbitre note, en parlant de l'application du principe *rebus sic standibus*, qu'il est généralement improbable, dans le contexte des transactions internationales, que les parties n'aient pas été conscientes « du risque des impondérables éloignées », ou qu'elles aient été incapables de formuler ce risque de manière précise¹⁴¹. Or, ne serait-il pas possible de croire que les parties

¹³⁹ Loquin, « Usages », *supra* note 1 à la p 170. Voir également Déc n° 5346 (1988), [1991-1995] Recueil des sentences arbitrales de la CCI 424 (International Chamber of Commerce).

¹⁴⁰ Loquin, « Usages », *ibid* à la p 169. Fouchard, Gaillard et Goldman sont d'opinion que cette caractérisation est quelque peu excessive et qu'il ne faut pas perdre de vue que dans certaines circonstances, l'erreur de fait peut conduire à l'annulation du contrat. Selon eux, la présomption de compétence a pour effet, du moins quand il s'agit d'une simple erreur de fait, d'imposer une exigence probatoire renforcée. Voir Déc n° 3130 (1980), [1981] JDI 932 (International Chamber of Commerce); CA Paris, 22 mars 1991, *Société Caval Coopérative Anjou Val de Loire c Société Laraison*, (1993) Rev arb 680; Voir également Déc n° 1512 (1971), [1974] JDI 905 (International Chamber of Commerce); Déc n° 1990 (1972), [1974] JDI 901 (International Chamber of Commerce).

¹⁴¹ Sentence rendue à Genève, en 1971, (1974) 4 JDI 905. Le Tribunal tire une conclusion similaire dans la Déc n° 2404, [1996] JDI 995 (International Chamber of Commerce) : « Considérant au surplus que le principe "rebus sic standibus" invoqué par X ne peut recevoir application en l'espèce. Il convient en effet de ne retenir cette notion qu'avec réserve et prudence, surtout lorsque l'intention des parties a été clairement

n'aient pas cru nécessaire d'inclure une clause d'adaptation parce qu'elles croyaient en l'existence d'un usage? Dans la mesure où les clauses d'adaptation seraient devenues à ce point connues, elles pourraient être considérées comme étant « sous-entendues » en cas de silence des parties. On confirmerait alors l'existence d'un usage concernant les clauses d'adaptation. C'est le genre de débats auquel sera convié le praticien en l'absence d'une clause contractuelle à ce sujet. Si les parties souhaitent se prémunir convenablement, elles seraient bien avisées d'être le plus explicite possible quant à leur intention¹⁴².

*L'unité au sein d'un groupe de compagnies*¹⁴³ est aussi souvent revendiquée au nom de l'usage du commerce international. Ainsi, une clause compromissaire qui est expressément acceptée par certaines des sociétés d'un groupe doit lier les autres à cause du rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation du contrat contenant cette clause¹⁴⁴. C'est ainsi que la jurisprudence affirme « [...] qu'un groupe de sociétés possède, en dépit de la personnalité juridique distincte appartenant à chacune de celles-ci, une réalité économique unique, dont les tribunaux doivent tenir compte, son existence étant reconnue par les usages du commerce international »¹⁴⁵. Cette notion a été reconnue par de nombreuses sentences¹⁴⁶. Dans l'affaire *Dow Chemical* par exemple, les arbitres déclarent qu'ils déterminent les effets de la clause compromissaire

exprimée dans un contrat. La précaution s'impose d'autant plus lorsqu'il s'agit de transactions internationales où en général les parties ont conscience des risques qui peuvent survenir et sont ainsi à même de les formuler de manière précise. »

¹⁴² Voir à ce sujet les propos de Philippe Kahn : « On sait qu'un des principes clés de l'interprétation des contrats internationaux repose sur l'idée que les contractants sont des professionnels avertis, de force sensiblement égale et donc aptes à insérer dans leurs contrats les clauses correspondant à leurs besoins. Or, un des points toujours soulignés par les pays en développement est la fragilité de cette présomption en ce qui les concerne, fragilité d'autant plus grande que le contrat en cause serait un contrat d'échange, mais un contrat d'industrialisation ou un contrat de transfert de technologie. On devrait donc admettre un renversement de la présomption d'égalité entre partenaires et interpréter le contrat en parlant de l'hypothèse de l'inégalité des contractants. » Voir Philippe Kahn, « L'interprétation des contrats internationaux » (1981) 1 JDI 25.

¹⁴³ Sujette bien sûr à la participation effective des membres du groupe à la transaction de manière directe ou indirecte. Loquin, « Usages », *supra* note 1 à la p 172.

¹⁴⁴ CA Pau, 26 novembre 1986, *Société Sponsor AB c Lestrade*.

¹⁴⁵ *Ibid* à la p 156.

¹⁴⁶ Déc n° 8385, [1997] 4 JDI 1061 (International Chamber of Commerce); Déc n° 2375, [1976] JDI 973 (International Chamber of Commerce); Déc n° 1434 (1975), [1976] JDI 978 (International Chamber of Commerce) (les deux dernières décisions sont rendues sur la base de la *lex mercatoria* et non spécifiquement sur la base des usages du commerce).

« en tenant compte des usages conformes aux besoins du commerce international, notamment en présence d'un groupe de sociétés »¹⁴⁷.

Un certain courant jurisprudentiel consacre la notion selon laquelle les *tentatives d'accords transactionnels sont confidentielles* à titre d'usage. Dans l'affaire CCI 6653 de 1993¹⁴⁸, le Tribunal arbitral déclare :

[qu'il] est d'usage, non seulement en droit français – où ledit usage est également une règle déontologique lorsqu'il concerne les avocats – mais aussi en matière de commerce international, que les échanges de propositions entre parties en vue d'aboutir à un accord destiné à régler un litige soumis à une juridiction, arbitrale ou non, sont et doivent rester confidentiels. Il n'est pas admissible que, dans la mesure où les parties ont essayé de bonne foi de rapprocher leurs positions, l'une d'elles, en cas d'échec des négociations, utilise à son profit les propositions de l'autre afin d'en déduire un prétendu aveu de sa faute¹⁴⁹.

Dans les affaires CCI 2745 et 2762 de 1977¹⁵⁰, le Tribunal arbitral rappelle que le secret des affaires est un usage du commerce international. Dans ces causes, il semble d'ailleurs que le Tribunal ait voulu faire de la violation de ce secret une source de responsabilité en justifiant celle-ci sur la base de l'usage, et ce, sans référence à un droit national quelconque.

De nombreuses décisions consacrent pour leur part, généralement à titre de principe général¹⁵¹, le principe suivant lequel *nul n'est censé se contredire au détriment d'autrui* alors que d'autres, plus rares, le rangent du côté des usages¹⁵². Par exemple, dans la sentence *Amco*, le Tribunal arbitral le décrit comme « un principe général applicable aux relations économiques internationales dans lesquelles sont impliqués les particuliers »¹⁵³.

Il en va de même de *l'obligation de coopérer*, qui, bien que qualifiée par un certain courant jurisprudentiel d'usage du commerce

¹⁴⁷ *Dow Chemical c Isover Saint Gobain* (1982), [1984] Rev arb 98 (International Chamber of Commerce).

¹⁴⁸ [1991-1995] Recueil des sentences arbitrales de la CCI 513.

¹⁴⁹ *Ibid* à la p 516.

¹⁵⁰ [1978] JDI 989. Voir aussi Déc n° 2404 (1975), [1976] Clunet 995 (International Chamber of Commerce) (on dit que c'est un principe de la *lex mercatoria*).

¹⁵¹ Voir Fouchard, Gaillard et Goldman, *supra* note 4 à la n 1462, qui le consacrent à titre de principe général du droit. Dans une décision rendue sous l'égide de la Chambre de commerce de la Fédération russe, citée dans 14:11 Mealy's International Report, le Tribunal arbitral qualifie cette notion comme faisant partie de la *lex mercatoria*.

¹⁵² Loquin, « Usages », *supra* note 1 à la p 169.

¹⁵³ *Amco Asia c République d'Indonésie* (1983), [1985] Rev arb 259 (CIRDI).

international¹⁵⁴, est principalement reconnue à titre de principe général¹⁵⁵. Dans une sentence rendue sous l'égide de la CCI, le Tribunal arbitral énonce :

[qu'] il est opportun d'établir que parallèlement aux dispositions légales des différents droits nationaux existent dans le domaine spécifique du commerce international des usages et principes qui imposent à tous les opérateurs économiques du commerce international, que les parties à un contrat ont le devoir implicite de coordonner leurs efforts pour une coopération et exécution ponctuelle de leurs obligations, qu'ainsi se multiplient les obligations d'informer, de renseigner, d'assister et de se concerter¹⁵⁶.

Selon cette obligation, les parties doivent supporter la charge des aléas de manière égalitaire¹⁵⁷.

Un certain courant jurisprudentiel arbitral et une doctrine assez volumineuse consacrent le *devoir de minimiser les dommages* parfois au nom des usages du commerce international, mais plus souvent sans spécifier si ce devoir constitue un usage du commerce international, un principe¹⁵⁸ ou une règle de la *lex mercatoria*¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Sentence CCI rendue en 1985, citée par Sigvard Jarvin, « L'obligation de coopérer de bonne foi » dans *L'apport de la jurisprudence arbitrale : l'arbitrage commercial international*, Paris, Chambre de commerce internationale, 1986, 168 [Jarvin, « Bonne foi »]; Déc n° 9593 (1998), [1999] 10:2 ICC Bulletin 107 (International Chamber of Commerce) (extraits); Déc n° 2291 (1975), [1976] Clunet 995 (International Chamber of Commerce); Déc n° 2478 (1974), [1975] Clunet 925 (International Chamber of Commerce); Déc n° 2508 (1977), Clunet 943 (International Chamber of Commerce). Voir également Déc n° 2520 (1975), [1976] JDI 992 (International Chamber of Commerce).

¹⁵⁵ Kahn, « Principes », *supra* note 30 à la p 327. Voir aussi Déc n° 9753 (1999), (2001) XII:2 Bull CCI 82 (International Chamber of Commerce). Des extraits sont disponibles sur la banque de données UNILEX sur UNIDROIT à l'adresse Internet suivante : <www.unilex.info>.

¹⁵⁶ Sentence CCI rendue en 1985, citée par Jarvin, « Bonne foi », *supra* note 154 à la p 168.

¹⁵⁷ Loquin, « Usages », *supra* note 1 à la p 178, selon qui ceci représente un autre usage. Voir au même effet la sentence rendue sous l'égide du centre d'arbitrage de la chambre de commerce extérieur de Yougoslavie, [1973] Arbitration Journal 35 et la sentence soumise au contrôle de la Cour d'appel de Paris, 10 mars 1981, (1982) Rev arb 214.

¹⁵⁸ Selon Fouchard, Gaillard et Goldman, *supra* note 4 au para 1493, « la règle permettant, dans certaines circonstances, la condamnation du débiteur défaillant à des dommages intérêts punitifs ne reçoit pas une consécration suffisante en droit comparé pour accéder au statut de principe général ».

¹⁵⁹ Ortscheidt, *supra* note 4 à la p 111.

L'obligation qui incombe aux parties à un contrat international de *s'échanger des informations* a aussi trouvé sa place dans la controverse dont nous avons fait état. La jurisprudence et la doctrine ont qualifié à plusieurs occasions cette obligation de tout révéler tantôt à titre d'usage¹⁶⁰, tantôt à titre de principe général¹⁶¹. Comme l'admet d'ailleurs Loquin, grand défenseur de la vision dite large des usages du commerce international, la généralité de cette obligation et son application uniforme dans toutes les transactions internationales sont loin de faire l'unanimité¹⁶².

La non-arbitrabilité des contrats de corruption a aussi été reconnue sous les deux vocables. Alors qu'un courant jurisprudentiel important le reconnaît comme un principe général du droit¹⁶³, certains auteurs persistent à le qualifier d'usage du commerce international¹⁶⁴, tandis que d'autres encore affirment que cette notion appartient d'abord et avant tout à l'ordre public international¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Loquin, « Usages », *supra* note 1 à la p 180. Voir aussi l'affaire *Klöckner c République unie du Cameroun*, 21 octobre 1983, [1984] JDI 426; [1987] JDI 137 (obs Emmanuel Gaillard); Piero Bernardini, « Is the duty to cooperate in long-term contracts a substantive transnational rule in international commercial arbitration? » dans Gaillard, *Transnational*, *supra* note 4 à la p 137.

¹⁶¹ Fouchard, Gaillard et Goldman, *supra* note 4. Sentence rendue à Paris en avril 1997, sous les auspices de la CCI, dans l'affaire n° 8264 (2000), 4 Rev DU 827.

¹⁶² Voir Loquin, « Usages », *supra* note 1 à la n 64.

¹⁶³ Fouchard, Gaillard et Goldman, *supra* note 4 à la n 1468; Déc n° 1110 (1963) (International Chamber of Commerce) (arbitre : M Lagergren). Voir aussi Déc n° 3916 (1982), [1984] JDI 930 (International Chamber of Commerce) (obs Sigvard Jarvin); Déc n° 3913 (1981) (International Chamber of Commerce). Pour des références bibliographiques additionnelles sur le sujet, voir Fouchard, Gaillard et Goldman, *ibid* à la p 836, n 181.

¹⁶⁴ Voir aussi Ahmed S El Kosheri et Philippe Leboulanger, « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence » [1984] Rev arb 3. Voir aussi Déc n° 3916 (1982), [1984] JDI 930 (International Chamber of Commerce), où « l'arbitre s'est référé à un principe de droit généralement reconnu par les nations civilisées selon lequel les ententes violant sérieusement les bonnes mœurs ou l'ordre public international sont nulles ou tout au moins ne peuvent donner lieu à exécution. Même si, dans un certain pays et à une certaine époque, la corruption de fonctionnaires est une méthode généralement acceptée dans les relations d'affaires, on ne peut ni du point de vue d'une bonne administration ni de celui de la moralité dans les affaires, clore ses yeux devant l'effet destructif de telles pratiques nocives ». (*ibid* à la p 933). Voir aussi Déc n° 2730, [1984] JDI 914 (International Chamber of Commerce).

¹⁶⁵ Au sujet des contrats couvrant des actes de corruption, voir Bruno Oppetit, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international » [1987] JDI 1987 5; Emmanuel Gaillard, « Convention d'arbitrage. Arbitrabilité » (1994) 51 JCI Dr int, Fasc 586-3. En sens contraire, voir J Gillis Wetter, « Issues of Corruption Before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Lagergren's Award in ICC Case no 1110D » (1994) 10 Arb Int'l 277.

On ne compte plus le nombre de sentences ayant reconnu *la bonne foi* tantôt comme un principe général du droit¹⁶⁶, tantôt comme un usage¹⁶⁷ du commerce international. La bonne foi exercerait ainsi son influence sur « [...] la police de la négociation, sur l'affirmation de la présomption de compétence des parties, de l'inopposabilité du défaut de pouvoirs des négociateurs du contrat, de la notion de groupe, sur l'assouplissement de l'intangibilité du contrat (*pacta sunt servanda*, et sa limite, *rebus sic standibus*), sur l'obligation de renégocier, développés en dehors de toute référence aux droits nationaux »¹⁶⁸. Dans l'affaire *Framatome et autres c Atomic Energy Organisation of Iran*, rendue sous l'égide de la CCI¹⁶⁹, le Tribunal arbitral a déclaré que les principes de bonne foi et de force obligatoire des engagements se trouvaient reconnus par plusieurs sources soit, entre autres, la *lex mercatoria*¹⁷⁰ et les usages du commerce international.

D'autres usages sont reconnus de façon encore plus ponctuelle. La présomption d'acquiescement à l'acte d'exécution différent de celui défini par le contrat, l'obligation imposée au créancier de dénoncer immédiatement la mauvaise exécution du contrat¹⁷¹ (telle que nous l'avons déjà évoquée), le respect du prix convenu¹⁷², l'applicabilité de la clause compromissoire¹⁷³, l'aptitude de l'État de compromettre¹⁷⁴ ainsi

¹⁶⁶ Déc n° 5030 (1992), [1993] 4 JDI 1004 (International Chamber of Commerce); Déc n° 3131 (1979) (International Chamber of Commerce). Voir aussi, sur l'ensemble de la question, Pierre Mayer, « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international » dans *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, *supra* note 4 aux pp 543 et s.

¹⁶⁷ Fouchard, « État », *supra* note 20 à la p 84.

¹⁶⁸ Éric Loquin et Laurence Ravillon, « La volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé » dans Éric Loquin et Catherine Kessedjian, dir, *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, 91 à la p 124.

¹⁶⁹ Déc n° 3896 (1982), [1983] 110 JDI 91 (International Chamber of Commerce). Voir aussi Oppetit, *supra* note 35.

¹⁷⁰ Voir Mayer, *supra* note 4 aux pp 543 et s.

¹⁷¹ Déc n° 2249, [1975] JDI 924 (International Chamber of Commerce). Voir aussi les observations suivant la décision, à la p 925.

¹⁷² Déc n° 6281, [1989] 4 JDI 1114 (International Chamber of Commerce). De Boissésou est du même avis, voir de Boissésou, *supra* note 4 à la p 646, n 250.

¹⁷³ Loquin, « Usages », *supra* note 1 à la p 171.

¹⁷⁴ Déc n° 1939, [1973] Rev arb 145 (International Chamber of Commerce); Déc n° 1507, [1974] JDI 913 (International Chamber of Commerce); Déc n° 1526, [1974] JDI 915 (International Chamber of Commerce). Dans le commentaire qui suit cette dernière sentence, Derains indique que le principe de la capacité de l'État de compromettre a été puisé dans les usages du commerce international par l'arrêt *Galakis* de la Cour de cassation (Cass civ, 2 mai 1966, (1966) D 575 (note J Robert), (1966) Clunet 648 (note Level), (1967) Rev crit dr int privé 533 (note Goldman)). Derains, à la page 919 de son commentaire, cite d'ailleurs la sentence CCI n° 1939, qui dit que « [l']ordre public

que l'inopposabilité du défaut de pouvoir du négociateur¹⁷⁵ en sont des exemples.

Bien que tenu¹⁷⁶, un courant jurisprudentiel¹⁷⁷ semble reconnaître l'existence d'un usage du commerce international selon lequel la méthode dite des *liquidated damages* (c'est-à-dire une méthode d'indemnisation des dommages), par laquelle les droits aux dommages et leur évaluation sont prévus, est applicable aux relations commerciales internationales. En ce qui concerne les *intérêts* accordés aux termes d'une sentence rendue sous l'égide de la CCI, le Tribunal arbitral, au nom des usages du commerce, déclare que les intérêts composés doivent être accordés en faveur des deux parties. Le Tribunal fait entre autres référence aux propos du juge H Holtzman selon qui « la réalité économique moderne ainsi que l'équité exige que les parties lésées qui ont elles-mêmes subi des charges importantes d'intérêts composés soient indemnisées sur une base composée, de façon à ce que cela soit fait équitablement »¹⁷⁸.

La jurisprudence et la doctrine semblent aussi admettre à titre d'usage du commerce international la notion selon laquelle dans le cas où l'exécution d'une convention n'est pas menée à terme par suite d'une résiliation, la rémunération sera proportionnelle à la partie des prestations exécutées par rapport à l'ensemble des prestations successives prévues au contrat¹⁷⁹.

On voit donc, à la lecture de ces quelques exemples, que la notion d'usage (et des concepts similaires) est susceptible d'engendrer de nombreuses difficultés pour le praticien du droit.

international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique, traitant avec des personnes étrangères au pays puisse passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d'arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou dans la procédure d'exécution se prévaloir de la nullité de sa propre parole ». Voir aussi Loquin, « Usages », *supra* note 1 à la p 171.

¹⁷⁵ *Ibid* à la p 173.

¹⁷⁶ Déc n° 3267, [1980] JDI 961 (International Chamber of Commerce).

¹⁷⁷ Voir par exemple de Boissès, *supra* note 4; Loquin, *supra* note 1.

¹⁷⁸ Déc n° 5514 (1990), [1992] 4 JDI 1026 (International Chamber of Commerce).

Dans cette affaire, les arbitres ont décidé que le droit du créancier à des intérêts composés est admis par un usage du commerce international, lequel a été reconnu par la sentence *Aminoil c Koweit* (1982), AFDI 454. Pour une liste de sentences ayant traité de cette question, voir Fouchard, Gaillard et Goldman, *supra* note 4 à la p 847, n 245.

¹⁷⁹ Affaire de la Cour de cassation de Paris, 12 juin 1980, (1981) Rev arb 292 (note Couchez). Cette affaire ne révèle pas de façon explicite que les arbitres se sont tournés vers un principe ou un usage déterminé, bien qu'il soit clair, comme le confirme d'ailleurs le commentateur de cette affaire, que le Tribunal semble s'être implicitement référé à un usage du commerce international.

Après avoir discuté des usages dits spontanés, nous nous pencherons maintenant sur les Incoterms. Les enseignements que nous en tirerons pourront s'appliquer à d'autres types de codification, comme les *Règles et usances relatives aux crédits documentaires*, les modèles de contrats types de la Fédération internationale des ingénieurs-conseils, etc. Compte tenu des limites inhérentes à la présente publication, nous nous limiterons à examiner les Incoterms à titre d'exemple phare.

B) Les usages codifiés : les Incoterms

Rappelons que les termes de commerce (FOB, CIF, DEQ, FCA, etc.) sont des éléments indispensables en matière de contrats de vente internationale. Ils permettent de répondre aux exigences de rapidité propres au commerce en ce qu'ils évitent aux parties de longues négociations portant sur des éléments fondamentaux d'une vente. Les normes usuelles que les parties entendent utiliser n'ont donc pas à faire l'objet d'une description détaillée. Les termes de commerce concernent exclusivement les droits et obligations des parties relatifs à la livraison de la marchandise vendue. À cet égard, ils couvrent les éléments suivants : 1) la fourniture du fret et de l'assurance; 2) le dédouanement des marchandises à l'exportation ou à l'importation; 3) le transfert des risques et 4) la remise matérielle de la chose vendue (emballage, endroit et acheminement).

Les parties au contrat international disposent de trois moyens pour préciser le sens à donner à un terme de commerce : elles peuvent se référer à une loi nationale; elles peuvent prévoir des dispositions spécifiques au contrat de vente qui en décrivent tous les aspects ou, enfin, elles peuvent recourir à des règles normalisées, tels les Incoterms¹⁸⁰ de la CCI. Toutes ces règles définissent, sous des appellations concises, les obligations caractéristiques des types de ventes les plus répandues. Pour certains aspects, les parties peuvent également combiner ces moyens en choisissant par exemple les Incoterms et en les complétant par un droit national. Il va sans dire que ces moyens de définir le sens d'un terme de commerce n'apportent pas toujours des solutions identiques à un problème donné.

Un exemple suffira à illustrer nos propos. Dans une vente FOB (« Free on Board » ou « Franco à Bord »), les risques sont normalement transférés dès l'embarquement des marchandises sur le navire au port d'exportation¹⁸¹. Il s'agit là de l'application du principe suivant lequel les

¹⁸⁰ Chambre de commerce internationale, *INCOTERMS 2000*, Paris, Chambre de commerce internationale, 1999.

¹⁸¹ Aux États-Unis, l'expression « f.o.b. » peut constituer une vente à destination, que l'on retrouve codifiée à l'alinéa 1 de l'article 2-319 de l'*Uniform Commercial Code* : « 2-319. f.o.b. and F.A.S. Terms

risques de pertes ou de dommages sont transférés à l'acheteur dès que le vendeur a exécuté son obligation de livraison¹⁸². Toutefois, l'endroit précis du transfert des risques variera selon les normes utilisées. Ainsi, selon les Incoterms¹⁸³ et le droit anglais¹⁸⁴, les risques sont transférés à l'acheteur lorsque les marchandises passent le bastingage du navire. Par contre, en droit français¹⁸⁵, le transfert des risques a lieu à partir du moment où les marchandises sont déposées à l'endroit approprié (sur le pont pour les marchandises arrimées dans des conteneurs, ou dans les cales pour d'autres types de marchandises) sur le navire. En droit américain, le moment du transfert coïncidera, selon les circonstances, avec la remise des marchandises au transporteur ou avec le moment où celles-ci passent le bastingage du navire¹⁸⁶. On comprendra aisément les enjeux liés à la question de savoir si les Incoterms constituent ou non des usages du commerce international : selon la qualification retenue par l'arbitre, une partie sera ou non responsable de l'endommagement des marchandises. Par exemple, supposons que les marchandises sont détruites après qu'elles aient franchi le bastingage du navire. Supposons également que le droit français est applicable au contrat. Selon ce droit, le vendeur sera responsable de la destruction des marchandises puisque le transfert des risques à l'acheteur n'a lieu qu'au moment où elles sont déposées dans les cales en toute sécurité. Par contre, si un arbitre estime que les Incoterms

Unless otherwise agreed, the term F.O.B. (which means "free on board") at a named place, even though used only in connection with the stated price, is a delivery term under which [...]

(b) when the term is F.O.B. the place of destination, the seller must at his own expense and risk transport the goods to that place and there tender delivery of them in the manner provided in this Article (Section 2-503); [...] ».

¹⁸² Jan Ramberg, *Guide ICC des Incoterms*, Paris, ICC, 2005 à la p 100.

¹⁸³ Art A5 et B5. Notons toutefois que dans la nouvelle version 2010 des Incoterms qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2011, les risques sont désormais transférés à l'acheteur lorsque les marchandises sont à bord du navire. Voir Chambre de commerce internationale, *INCOTERMS 2010*, Paris, Chambre de commerce internationale, 2010, art A4, A5.

¹⁸⁴ *Pyrene Co Ltd c Scindia Navigation Co Ltd*, [1954] 2 QB 402.

¹⁸⁵ *Loi n^o 69-8* du 3 janvier 1969 relative à l'armement et aux ventes maritimes, JO, 5 janvier 1969, 200, art 35.

¹⁸⁶ « 2-319. F.O.B. and F.A.S. Terms

Unless otherwise agreed, the term F.O.B. (which means "free on board") at a named place, even though used only in connection with the stated price, is a delivery term under which

(a) when the term is F.O.B. the place of shipment, the seller must at that place ship the goods in the manner provided in this Article (Section 2-504) and bear the expense and risk of putting them into the possession of the carrier; or

(b) when under either (a) or (b) the term is also F.O.B. vessel, car or other vehicle, the seller must in addition at his own expense and risk load the goods on board. »

constituent un usage du commerce international, les risques seront alors supportés par l'acheteur, et ce, puisque ceux-ci prévoient qu'ils sont transférés au bastingage.

Rappelons que depuis 1936, date de leur première codification, de nombreux contrats internationaux prévoient l'application des Incoterms de la CCI. Selon Jolivet¹⁸⁷, le recours aux Incoterms repose d'abord sur la volonté des acteurs du commerce international. Bien qu'il soit difficile de quantifier l'utilisation qui en est faite dans le cadre des ventes internationales de marchandises, l'étude de Jolivet démontre leur caractère incontournable. On peut affirmer qu'il s'agit là de la plus importante source de droit appliquée par les parties lorsqu'il s'agit de définir le sens à donner à un terme de commerce. Par exemple, plusieurs organisations réfèrent aux Incoterms dans leurs documents modèles. On n'a qu'à penser à la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies et à la Banque mondiale. Par ailleurs, dans la dernière révision du *Uniform Commercial Code* de 2004, les codificateurs proposent aux États américains d'abolir les dispositions relatives aux *US Ship and Delivery Terms* et recommandent aux commerçants d'opter pour les Incoterms¹⁸⁸.

Mais est-ce que les Incoterms constituent pour autant des usages du commerce international? Certains affirment depuis longtemps qu'il n'est pas nécessaire de mentionner explicitement les Incoterms pour qu'ils soient applicables dans le cadre du règlement d'un litige¹⁸⁹. Ce raisonnement, surtout invoqué dans le cadre de l'arbitrage CCI, tend à consolider la valeur de termes tels que FOB ou CIF dans le cadre du commerce international; partant, les Incoterms se trouvent projetés au rang de normes de référence¹⁹⁰. Dans le même sens, le juge Smith, *per curiam*, dans le cadre d'une affaire récente de la Cour d'appel fédérale des États-

¹⁸⁷ Emmanuel Jolivet, *Incoterms : étude d'une norme du commerce international*, Paris, Litec, 2003 aux p 365 et s.

¹⁸⁸ Dans les faits, les principaux États américains n'ont pas encore donné suite à cette recommandation.

¹⁸⁹ Déc n° 3130, [1974-1985] Recueil des sentences arbitrales de la CCI 417 (International Chamber of Commerce); Déc n° 3894, [1974-1985] Recueil des sentences arbitrales de la CCI 449 (International Chamber of Commerce).

¹⁹⁰ Julian DM Lew et Loukas A Mistelis, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 2003 à la p 461. Pour une application concrète, voir les décisions suivantes citées par ces auteurs : *Supplier (Slovakia) v Buyer (Korea)* (1995), [2000] 11:2 ICC Bulletin 34, [2001] XXVI YBCA 130 (International Chamber of Commerce); Chambre arbitrale de Paris, 16 janvier 1998, Déc n° 9392/9426; *Buyer (Netherlands) v Seller (Asian country)* (1998), [2001] XXVI YBCA 13; Centre régional d'arbitrage international du Caire, 21 décembre 1995, *African Government Body v European Poultry Company*, Déc n° 24/1995.

Unis impliquant la CVIM¹⁹¹, s'exprime ainsi à ce sujet : « Even if the usage of Incoterms is not global, the fact that they are well known in international trade means that they are incorporated through article 9(2). »

La décision dans l'affaire *China North*¹⁹² donne à lire que les Incoterms constituent « [a] dominant source of definitions for the commercial delivery terms used by parties to international sales contracts, it is incorporated into CISG through article 9(2) ». La même remarque a été formulée par un autre tribunal américain qui reconnaissait ainsi l'incorporation des Incoterms à travers l'article 9(2) CVIM et par là même leur consécration en dépit de l'absence de référence explicite au contrat. En ayant simplement stipulé le terme CIF¹⁹³ dans le contrat, les parties avaient, semble-t-il, choisi implicitement les Incoterms¹⁹⁴.

Cette position a toutefois été l'objet de critiques sévères parce que, comme nous l'avons vu, elle ne tiendrait pas suffisamment compte des diverses interprétations accordées à ces termes par différents systèmes juridiques. Partant, les débats quant à leur application se sont multipliés¹⁹⁵. Tout comme le professeur Gabriel, nous sommes d'avis que les Incoterms ne constituent qu'un des moyens utilisés par les parties pour déterminer le

¹⁹¹ *BP Oil International v Empresa Estatal Petroleos de Ecuado*, 332 F3d 333 (5^e Cir 2003), en ligne : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u1.html>>. Dans cette affaire, il convenait de juger des conséquences de l'utilisation du terme de commerce « CFR La Libertad Ecuador ».

¹⁹² US District Court, Southern District, Texas, Houston Division, dans *China North Chemical Industries Corporation v Beston Chemical Corporation*, 2006 WL 295395, en ligne : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060207u1.html>>, pour une reconnaissance des Incoterms 2000 comme usage du commerce international valablement admis sous l'article 9(2) de la CVIM.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, New York, Nations Unies, 2009 à l'art 9, en ligne : <http://www.uncitral.org/pdf/french/clout/Second_edition_french.pdf>. Voir par ailleurs les décisions similaires : Tribunal international d'arbitrage commercial, Chambre de commerce et d'industrie de la fédération de Russie, 6 juin 2000, n° 406-1998, en ligne : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000606r1.html>>; CA Gênes, 24 mars 1995, *Marc Rich v Iritecna*, en ligne : <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950324i3.html>> (interprétation d'une clause FOB en référence aux Incoterms sans mention explicite à ce sujet des parties). Peter Huber, « Some Introductory Remarks on the CISG » (2006) 6 *International Handelsrecht* 228, en ligne : <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/huber.html>>.

¹⁹⁵ Franco Ferrari, « Trade Usage and Practices Established Between the Parties: Article 9 » dans Franco Ferrari, Harry Flechtner et Ronald A Brand, dir, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, München, Sellier – European Law Publishers, 2004, 191 à la p 203.

sens à donner à un ou à des termes de commerce, ce qui les empêche ainsi d'accéder au rang d'usage du commerce international :

The main advantage of using the Incoterms is to provide a short form of a contractual term which has a consistent and certain meaning in international transactions. It is important to note, however, that as influential as the Incoterms are, there is still quite a diversity of different national and customary usages of shipping terms, and the Incoterms are not considered part of international customary law.¹⁹⁶

Cette vision trouve écho en droit anglais où la reconnaissance des Incoterms en tant qu'usage du commerce peine véritablement à s'imposer¹⁹⁷. Une décision¹⁹⁸ rendue par un tribunal anglais a refusé l'interprétation d'un contrat en utilisant des Incoterms en raison de l'absence de référence explicite à ces derniers. En droit anglais, les Incoterms n'auraient en vérité aucune « force normative indépendante »¹⁹⁹. Ce constat n'a rien d'étonnant. En effet, il ne faut pas oublier que les britanniques sont à l'origine de l'invention des termes de commerce il y a quelques siècles et qu'au surplus, ils n'ont pas ratifié la CVIM.

Tout comme Jolivet, nous croyons que « les Incoterms ne sont ni des coutumes ni des usages. Ils sont uniquement une formulation de règles juridiques proposées à l'adoption des parties dans leurs contrats de vente internationale »²⁰⁰. D'ailleurs, l'adoption prochaine d'une nouvelle révision des Incoterms est susceptible de causer bien des maux de têtes aux partisans de leur qualification à titre d'usage du commerce international. Dans l'éventualité où les parties à un contrat de vente auraient conclu leur contrat peu après l'entrée en vigueur de cette révision sans mentionner celle qui est applicable, doit-on appliquer l'ancienne ou la nouvelle version? L'absence de dispositions transitoires n'est pas de nature à faciliter la résolution de ce problème²⁰¹.

On voit donc que l'arbitre ou le juge possède une latitude intéressante pour décider du sort d'un litige impliquant un terme de commerce lorsqu'il

¹⁹⁶ Henry Gabriel, « International Chamber of Commerce Incoterms 2000: A Guide to Their Terms and Usage » (2001) 5 *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 41.

¹⁹⁷ Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008 aux pp 129-130. Voir aussi l'arbitrage *In Re An Arbitration between Anglo-Russian Merchant Traders Ltd and John Batt & Co (London) Ltd*, [1917] 2 KB 679 à la p 683.

¹⁹⁸ *Stora Enso Oyi v Port of Dundee*, [2006] 1 CLC 453.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ Jolivet, *supra* note 187 à la p 374.

²⁰¹ *Ibid.*

y a divergence entre le droit applicable au contrat et les Incoterms. Dans l'exemple mentionné plus haut, bien malin celui qui pourra prédire le sort d'un litige... sauf bien sûr en présence d'un juge britannique. Doit-on exclure spécifiquement les Incoterms pour éviter leur possible application? La réponse nous semble évidente. Par exemple, il ne suffira pas aux parties de choisir le droit français pour les exclure. Elles devront indiquer dans leur contrat que le contrat est gouverné par ce droit, à l'exclusion des Incoterms.

Conclusion

Le besoin de normes claires et connues de tous est primordial dans le monde des affaires. Le droit devrait donc être stable, prévisible et dépourvu d'aléas. On dit souvent que l'État n'est pas apte à répondre adéquatement à ce besoin car ses mécanismes de création de normes sont trop lourds et parfois inappropriés au contexte où évoluent les gens d'affaires. L'État permet aux acteurs commerciaux, par le rôle supplétif du droit national en matières commerciales, de s'affranchir de la rigidité de celui-ci et de modeler les relations juridiques au gré de leurs besoins. C'est ce caractère supplétif qui permet également à l'usage de s'affirmer, usage qui naît parfois, dira-t-on, spontanément, pour ensuite se développer et s'imposer à un groupe donné. Par son application répétée et le constat de son effectivité, un usage réussit parfois à transcender le groupe pour s'imposer à une plus grande échelle, nationale ou internationale. C'est ainsi qu'on pourra parler d'usage du commerce international. Pour en assurer la plus grande diffusion, et vu leur prolifération dans certains secteurs, ces usages spontanés seraient repris par des contrats types, des conditions générales, des codifications et parfois mêmes des conventions, préparés par des associations professionnelles, des institutions savantes ou même des organisations internationales étatiques.

Les exemples fournis dans le cadre de cette étude permettent d'affirmer que les législateurs nationaux n'ont plus le monopole de la production normative. En corollaire, il en va de la pérennité et de l'avenir même du commerce international que soit assuré un ensemble homogène de règles. Les nécessités d'accessibilité et de cohérence juridique s'imposent donc à tous; à défaut, les projets toujours plus ambitieux liés à l'émancipation et au devenir du droit du commerce international pourraient être mis en péril.

Car c'est d'avenir dont il question, encore et toujours. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de notre propos : assurer les moyens nécessaires à la réalisation des ambitions futures du droit du commerce international, un droit épuré des clivages propres aux cultures juridiques nationales et à

leurs interprétations. Citons, dans cette ligne de pensée Aynès²⁰², qui rend hommage à ces règles, usances, pratiques, usages, symboles originels de ce droit conçu avant tout par et pour les marchands : « La société en effet peut se passer des lois, elle ne saurait se passer des normes, qui seules permettent de tempérer l'incertitude de l'avenir [...] ». Peut-on penser que dans un avenir lointain les actes se joindront à la parole? D'ici là, il faut bien dire les choses comme elles sont : devant la quasi-absence d'analyse de la part de plusieurs décideurs, qu'ils soient arbitres du commerce international ou juges nationaux, au soutien des décisions où ils déclarent l'existence d'usages commerciaux internationaux, nous devons nous questionner sur la pertinence d'exclure, dans le contrat même, l'application des usages du commerce ou de certains d'entre eux. Ceci aura comme avantage de permettre une plus grande prévisibilité pour le bénéfice des justiciables.

²⁰² Laurent Aynès, « Synthèse » (2003) 237 Petites affiches 70.