



HAL
open science

L'usage au prisme du droit international conventionnel

Ali-Slah Chebbi

► **To cite this version:**

Ali-Slah Chebbi. L'usage au prisme du droit international conventionnel. L'île : réalité, imaginaire, patrimoine et discours, Université de Sfax; Faculté des Lettres et des Sciences humaines de Sfax; Laboratoire de Recherche Interdisciplinaire en Discours, Art, Musique et Economie., Dec 2022, DJERBA, Tunisie. pp.26. hal-03970701v2

HAL Id: hal-03970701

<https://hal.science/hal-03970701v2>

Submitted on 2 Jul 2023

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

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

Copyright

L'usage au prisme du droit international conventionnel

Ali Slah CHEBBI

Docteur en Droit
Université de Sfax

Le droit commercial est par essence un droit coutumier. Issu des pratiques longtemps observées, il s'impose aujourd'hui comme le cadre normatif le plus abouti. Tous les intervenants s'y réfèrent d'ailleurs pour régir leur relation d'affaire, car ils trouvent une réponse exhaustive à leur interrogation quotidienne. Cependant, l'accroissement formidable des flux au-dessus des frontières ces dernières années a mis en exergue l'incapacité de l'arsenal juridique national à régir des relations professionnelles de plus en plus complexes. Face à la sophistication des contrats internationaux, le dispositif législatif actuel est désormais dépourvu d'efficacité. Il ne peut plus continuer à régir les rapports juridiques ayant un élément d'extranéité à travers les règles de droit international privé. Cette méthode a montré ses limites. Elle est désormais caduque, car elle ne répond plus aux impératifs de la mondialisation. Pour ce faire, les États se sont attelés à assainir le milieu juridique dans lequel gravite les différents opérateurs économiques, prélude nécessaire à l'instauration d'un droit uniforme.

L'uniformisation du droit est un procédé qui a montré ses vertus. Cette technique vise à éluder la disparité normative qui caractérise jusqu'à lors la scène internationale. Certes, le recours des professionnels à l'usage pour régir au mieux leurs relations professionnelles a toujours été une alternative sérieuse aux normes étatiques jugées trop rigides et inadaptées aux exigences de rapidité et de sécurité inhérentes au commerce. Mais, les usages sont protéiformes. Ils ne sont pas alors faciles à cerner. Les appréhender dans un contexte pluri-juridique s'annonce une mission semée d'embûches. Il faut dire que l'usage fait partie de ces notions mouvantes dont les contours sont relativement imprécis. La lexicographie juridique qui l'aborde propose une multitude de définitions sans être pour autant satisfaisantes. Dans une conception étroite, l'usage serait limité aux pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité déterminée. Cette catégorie, qualifiée de « conventionnelle » ne peut nullement prétendre au statut de règle de droit.¹ Elle évolue exclusivement dans un cadre restreint, limité aux seuls contractants. Dans une conception large, l'usage est défini, tantôt comme « la règle reconnue appropriée aux besoins du commerce international par une autorité

¹ Georges Ripert, René Roblot, *Traité de droit commercial*, LGDJ, 13^e édition, Paris 1989, page 27, n°50.

du commerce international », ¹ 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 ». ² Un socle commun se dégage de l'ensemble des propositions avancées. Il considère l'usage comme une pratique particulière à une profession, ou à une région et dont la force obligatoire est variable. ³

Selon la doctrine dominante, l'usage qu'il soit interne ou international, n'est rien d'autre qu'une pratique dont le succès aurait assuré la pérennité. ⁴ Il s'agit d'un ensemble de comportements observés dans un groupe ou dans une société reflétant les mœurs et les traditions. De surcroît, grâce à sa reconnaissance par les juges et les arbitres, ces pratiques se seraient objectivées pour devenir des règles obligatoires auxquelles les parties, sauf expression contraire doivent se soumettre. Cette compréhension trouve écho en droit interne, puisque certains législateurs appréhendent l'usage comme étant « une pratique ou une habitude observée si régulièrement dans un lieu, une profession ou une branche du commerce, que l'on peut s'attendre à ce qu'elle soit observée dans la transaction en question ». ⁵

Depuis toujours, les usages commerciaux font partie du paysage juridique. À l'époque médiévale, les commerçants des foires ont établi des règles coutumières pour régir leurs différends. Cette *lex mercatoria* a le mérite de coller au plus près aux attentes des intéressés, attendu qu'elle évoluait au rythme des mœurs. Elle a permis aux marchands de se doter d'un système juridique propre, indépendamment du droit canonique qui régissait jusqu'à lors la matière. Ce souci d'autonomie anime de nos jours les professionnels de tous bords. Ils ne cessent de faire appel aux usages au détriment des lois nationales qu'ils connaissent mal et qu'ils jugent inappropriées à leur activité. La souplesse qui caractérise l'usage est un gage de sa réussite et de sa longévité. ⁶ Contrairement aux lois, les usages ne sont pas le produit d'une institution. Ils sont la matérialisation d'un processus long, amorcé il y a un certain temps. La règle prévoit que « l'usage ne peut être invoqué que s'il est général ou dominant et s'il n'a

¹ Éric Loquin, « La réalité des usages du commerce international », *R.I.D.E.*, 1989, n°2, page 167.

² Yves Derrains, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrale », *Rev. Arb.* 1973, page 122.

³ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Puf, 7^e édition, Paris 1987, page 930.

⁴ Pierre Mousseron, « Faut-il dissocier les usages du commerce international des usages du commerce ? », *R.J.Com.*, 2011, n°1, page 21.

⁵ Voir également art.13 Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels, La Haye, 1^{er} juillet 1964 : « On entend par usages, les manières de faire que des personnes raisonnables de même qualité placées dans leur situation considèrent normalement comme applicables à la formation de leur contrat ».

⁶ على البارودي، العرف التجاري: مكانته ودور القضاء والفقه في احترامه وتطويره، م.ق.ت، ماي 1987، ص.53

rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs».¹ Or, il ne peut revêtir de telles qualités que s'il est ancré dans l'histoire. L'usage n'acquiert sa qualification de droit que s'il est constant, général et ancien.² Une récente jurisprudence rappelle que, tous ces critères doivent être réunis pour que l'usage en question puisse s'imposer.³

La genèse des usages est à peu près identique pour les différentes branches de droit. Une lecture sommaire de la littérature juridique nous permet de dégager deux traits distinctifs. D'abord, tout usage est avant tout une pratique, « qui serait élevée à un degré supérieur de généralité ».⁴ En d'autres termes, l'usage commercial est une pratique forcément caractérisée⁵ caractérisée⁵ et consolidée.⁶ Ensuite, l'usage est une norme qui se développe séparément des structures étatiques.⁷ Aucune autorité n'est habilitée à créer ou à élaborer un usage.⁸ Il voit le jour suite à la répétition des agissements qu'effectuent les intéressés.⁹ Ayant la conviction qu'il s'agit d'une règle obligatoire, ils se soumettent volontairement à ses préceptes.¹⁰ Son application dans cette sphère tient non pas à quelconque rattachement à un droit étatique, mais bien à l'internationalité de la relation commerciale qui lie les parties.¹¹

Certains usages évoluent au fur et à mesure et deviennent des normes juridiques, d'autres demeurent cantonnés dans le cadre de la vie courante, dépourvus de toute force obligatoires.¹² Seuls les usages qui régissent la *societas mercatorum* connaissent cette métamorphose spectaculaire. Ce passage du fait au droit, du monde du *Sein* au monde du *Sollen* exige l'effectivité des comportements qui élève ces agissements au rang d'une norme juridique.¹³ L'évolution se définit comme un ensemble de changements, ou de modifications considérées comme un progrès ou un développement. La mutation d'une pratique sociale vers une norme juridique internationale répond évidemment à cette affirmation. Toutefois, elle n'est pas un processus inéluctable. Si elle se réalise, elle emprunte généralement la voie conventionnelle.¹⁴

¹ Art. 544 COC.

² Jean Escarra, « La valeur juridique de l'usage en droit commercial », *A.D.C.*, 1910, page 97.

³ Soc., 8 avril 2021, Pourvoi n°19-20.925, *Inédit*.

⁴ Crystelle Sanchez-Saez, *Usages et arbitrage*, thèse Université de Montpellier 2017, page 10, n°9.

⁵ Pascale Deumier, *Le droit spontané*, Economica, Paris 2002, page 83, n°90.

⁶ CA. Versailles, 21 mars 2001, RG n°2000/2476, *Inédit*.

⁷ محمد الهادي بالقاضي، تأثير العادة والعرف على التشريع، م.ق.ت، جانفي 1959، ص.22.
⁸ قرار تعقيبي مدني عدد 21494، مؤرخ في 6 فيفري 2003، النشرة 2003، عدد2، ص.30.

⁹ Philippe Fouchard, « Les usages, l'arbitre et le juge », in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Librairies techniques, Paris 1982, page 67, n°3.

¹⁰ CA. Rennes, 3^e Ch., 22 avril 2009, RG, n°08/01235, *Inédit*.

¹¹ Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, Pourvoi n°11-27.967, JurisData n°2013-002226 ; Rev. Crit. DIP, 2013, page 725.

¹² Mohamed Charfi, *Introduction à l'étude du droit*, Sud édition, Tunis, 2011, page 28, n°26.

¹³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris 1962, page 287.

¹⁴ Ex. La Convention des N.U. sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne 11 avril 1980.

Plusieurs traités-lois ne sont au final qu'une codification pure et simple des usages commerciaux régulièrement observés dans la branche d'activité concernée.¹ Ce procédé poursuit deux objectifs : d'une part, il permet de figer les pratiques en question. Les règles deviennent plus claires, parce qu'à la place des agissements éparpillés, on trouve un droit rassemblé matériellement dans un même texte ou plusieurs, mais toujours selon un regroupement logique et systématique.² Ces conventions s'imposent aujourd'hui comme le cadre juridique le plus accompli en matière de réglementation des échanges commerciaux internationaux. D'autre part, la procédure de codification donne à l'usage un rayonnement plus étendu. En l'incorporant dans un *corpus* à vocation internationale voire universelle, ce dernier sort de son cadre régional ou de sa sphère professionnelle pour devenir une norme juridique *stricto sensu*.³

La compréhension de la normativité des usages est intimement liée à la conception que se font les juristes du droit. Dans une conception positiviste et formelle, la normativité découle de l'appartenance de la norme à un ordre juridique déterminé, ce qui suppose qu'elle émane de l'autorité compétente et qu'elle ait été édictée dans le respect des procédures requises. Dans une conception déontique, la normativité se manifeste dans la formulation de l'énoncé de la norme qui interdit, oblige ou permet. À l'orée de ce XXI^e siècle, la technique de codification connaît une expansion sans précédente. Le libre-échange qui caractérise notre époque impose une standardisation de masse des contrats et des normes. Pour ce faire, il faut mettre en place des règles claires et compréhensibles de tous. L'approche se fait à travers la réalisation d'une synthèse des différents systèmes juridiques en écartant autant que possible les points de divergence. L'uniformisation se présente alors comme l'action de rendre semblables plusieurs éléments rassemblés pour former un tout unique. De ce fait, elle consiste à instaurer dans une matière juridique donnée, une réglementation détaillée et identique pour tous les membres. Au final, on obtient un texte avec un large consensus qui favorise l'adhésion d'un maximum d'États.⁴

¹ Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises. Convention des N.U du 11 avril 1980*, LGDJ, Paris 1990, page 43, n°48.

² Salma Smiri, *Coutume et traité à la lumière de l'entrée en vigueur de la Convention des N.U sur le droit de la mer du 10 décembre 1982*, mémoire DEA. Droit public, Université Tunis III, FDSPT, 1998-1999, page 3.

³ Sophie Lamoureux, « La codification ou la démocratisation du droit », *R.F.D.C.* 2001/4, n°48, page 802 : « L'ordonnement du droit poursuit un but majeur, celui de le rendre plus largement accessible ».

⁴ Houria Yessad, *Le contrat de vente internationale de marchandises*, thèse Université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou, 2008, page 10, n°10. Le texte permet « d'identifier le régime en matière de vente qui sert le mieux leurs intérêts et d'éviter la rigueur d'un système juridique le cas échéant inadapté ».

Dans un contexte international plurilinguistique, connaître en amont les règles du jeu favorise indéniablement la fluidité des échanges et la sécurité des transactions.¹ C'est la raison pour laquelle on assiste davantage à des tentatives d'uniformisation du droit. Ce procédé touche des pans entiers de l'économie. L'internationalisation des contrats implique la recherche d'un droit uniforme que certains qualifie de cosmopolitique.² Dans un monde où les rapports internationaux ont pris une grande importance, il convient de donner une assise sûre à ces relations.³ Une entente doit être réalisée entre les divers pays pour que partout est appliqué, à un rapport donné, le même droit et ainsi mettre fin aux divergences.⁴ La genèse d'un ordre commun où se multiplient les relations d'interdépendance paraît ainsi inévitable. Néanmoins, malgré le succès incontesté du procédé, l'usage n'a pas perdu toute possibilité d'existence ni même toute activité réelle.⁵ « Tous les auteurs reconnaissent que l'origine du droit commercial est professionnelle et réside dans des coutumes et des usages. Tous admettent aussi que ces coutumes et usages demeurent une source actuelle du droit commercial comme ils continuent d'être pour le droit privé en général ».⁶ À ce jour, l'usage demeure la colonne vertébrale du commerce international.⁷ La souplesse qui lui est intrinsèque et son caractère évolutif lui permettent d'être au diapason de la modernité. En plus, la réglementation légale est par nature insuffisante notamment en ce qui concerne les contrats internationaux.⁸ Le recours aux usages commerciaux permet de combler de tels vides juridiques.

¹ Pascal Beauvais, « Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes », *A.P.C.*, 2007, page 3 : « La prévisibilité ... consiste pour le justiciable à pouvoir anticiper les conséquences juridiques de ses actes à partir des normes existantes ».

² Mireille Delmas-Marty, Marie-Laure Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : Réflexion sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *M.G.L.J.*, 2001, page 755.

³ Felix-Onana Étoundi, « Les principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet de l'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats », *R.D.U.* 2005/4. Vol. X, page 683 : « Saisi par le cri d'alarme des investisseurs étrangers, confrontés à une internationalisation croissante des relations économiques, les États africains de la zone franc se sont attelés à l'assainissement de l'environnement juridique des affaires par la mise en place d'un système d'intégration juridique préluce nécessaire à l'intégration économique ».

⁴ René David, Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 11^e édition, Paris 2002, page 7, n°7.

⁵ Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », in *Discours, rapport et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, Paris 1844, page 8 : « Un code, quelque complet qu'il puisse paraître n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais, ils agissent toujours et ce mouvement qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau. Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges ».

⁶ Roger Houin, « Usages commerciaux et loi en droit français », *Zeitschrift fur ausländisches und internationale Privatrecht*, 1959, Vol.24, page 252, n°1.

⁷ Georges Ripert, René Roblot, *Traité de droit commercial*, op.cit, page 26, n°47.

⁸ Philippe Fouchard, « L'État face aux usages du commerce international », op.cit, page 77.

À travers cet article, on tentera de répondre à une interrogation centrale : pourquoi le droit uniforme capture-t-il des pratiques insulaires ou sociales pour les transformer en des normes juridiques internationales ? L'épicentre de la réflexion gravite autour de la métamorphose des comportements précis vers des usages commerciaux qui seront par la suite repris par le droit conventionnel. La mutation ne peut se faire que si l'usage en question a pu atteindre un degré de maturité suffisamment avancée. Sa notoriété ne serait plus par conséquent sujette à la discorde. L'intervention des instruments internationaux se fait systématiquement en aval en vue de le concrétiser et de lui donner l'efficacité nécessaire. Dans cette approche, il faut déterminer le pourquoi et le comment de ce changement à la lumière des dispositions conventionnelles les plus pertinentes. Nous avons vu utile de démontrer dans une première partie les justifications qui ont été avancées pour argumenter ce changement. **(Partie I)** Puis dans une deuxième partie, nous fixerons les moyens utilisés pour atteindre cette visée. **(Partie II)**

I- Les justifications avancées à la capture de l'usage commercial

Tous les usages sont au départ de simple pratique. Au court de leur vie certains évoluent, d'autres conservent leur statut initial. Le centre de la réflexion consiste à déterminer pourquoi une pratique sociale devient-elle alors un usage commercial ? Est-ce que ce procédé est rattaché à toute pratique ou il ne touche que des catégories précises ? Nul ne doute de la prééminence des usages dans les échanges internationaux. Or, leurs contenus ne sont pas toujours connus. (A) Leurs domaines d'intervention sont multiples, ce qui entrave toute tentative de synthétisation. De plus, plusieurs usages peuvent régir une même situation. Il n'est pas rare qu'un conflit domanial surgit en conséquence. Dans ce cas, le juge ou l'arbitre détermine lequel des usages a vocation à régir le cas d'espèce. (B)

A- La fixation du contenu

Comment peut-on espérer faire la promotion du libre-échange, alors que les parties peuvent être soumises à des usages différents ? N'a-t-on pas affirmé, que la prévisibilité soit l'apanage du commerce¹ ? N'est-il pas légitime pour tout professionnel de connaître au préalable les règles du jeu ? Ces quelques interrogations portent en filigrane une amorce de réponse. Le développement extraordinaire des échanges commerciaux internationaux a mis en exergue la nécessité absolue de codifier les règles régissant la matière. Tous les intervenants se sont

¹ Pierre Bellet, « T.C.F.D.I.P. Séance du 20 mars 1974 », 34^e-36^e année, Paris 1977, page 71 : « C'est qu'en vérité, le commerce international cherche d'abord la prévision et la sécurité ».

penchés à assainir leurs milieux professionnels en proposant des règles juridiques uniformes susceptible de régir les contrats internationaux de manière plus efficace. Ce processus vise de prime abord à fixer le contenu des usages et à leur donner une visibilité, gage de notoriété. Dans le cadre du commerce international, les parties jouissent d'une liberté absolue pour façonner la teneur de leur contrat. Ce faisant, elles peuvent recourir à une forme particulière comme condition de validité ou comme moyen de preuve du rapport juridique établi. Elles peuvent également choisir un droit national à titre de droit applicable, renvoyer aux principes UNIDROIT ou identifier un usage auquel elles se lient.¹ Cependant, les usages commerciaux ont souvent un caractère morcelé.² Ils sont souvent particuliers à une place, à un contrat ou à une branche d'activité professionnelle, et que leur objet est d'ordre technique tout autant que juridique. Leur diversité tient aussi à leur forme. Certains sont constatés par des écrits,³ d'autres se manifestent et se transmettent par voie orale. De tels traits constituent des obstacles à la fluidité des échanges.

Le commerce ne peut survivre à la boulimie normative qui caractérise la scène internationale. Certes, il demeure le terrain de prédiction des professionnels aguerris, mais ces derniers ne peuvent exercer leur profession sereinement que dans un cadre normatif clair et précis. Les contrats internationaux sont régis aussi bien par des lois étatiques que par des normes extra-étatiques.⁴ La liberté de choix accordée aux contractants n'a de sens que si ces derniers connaissent en amont le contenu des règles applicables. C'est à juste titre le nœud du problème. Les usages sont mouvants, et ils s'adaptent aux mœurs qui sont par essence évolutives. Pour préserver la sécurité juridique nécessaire à tout rapport juridique, la technique de codification s'est imposée comme une alternative rationnelle à la disparité législative. Elle permet à une disposition de s'appliquer de manière uniforme chaque fois que les conditions de son application sont réunies. Ce processus touche tous les domaines juridiques. Ils visent au final à consolider de manière durable le contenu des usages. Cette fixation permet aux différents opérateurs économiques de connaître à l'avance les règles susceptibles de régir leur rapport. Ainsi, elles peuvent prévoir l'étendue de leurs obligations respectives et aménager le contenu du contrat en conséquence.

¹ Conditions contractuelles du contrat de construction signées par Eurotunnel et Transmanche Link. Les contractants 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.

² Roger Houin, « Usages commerciaux et loi en droit français », *op. cit.*, page 252, n°2.

³ Civ, 9 juillet 2008, Pourvoi n°06-45.174, 06-45.183, *Inédit* ; Com, 15 juillet 1992, Pourvoi n°90-18.530, *Inédit* ; Com., 12 décembre 1973, Pourvoi n°72-12.979, *Bull.* 1973, Ch. Com, page 321, n°361.

⁴ قرار تعقيبي مدني، عدد59252، مؤرخ 21 جانفي 1998، النشرة، 1998، عدد2، ص.204.

B- La délimitation du domaine d'intervention

La multiplicité des références à l'usage tant dans les législations nationales que dans les instruments internationaux confirment l'intérêt qu'on lui porte aussi bien à l'échelle interne qu'à l'échelle internationale. Assurément, les missions qu'on lui accorde sont tributaires de sa nature juridique et de son domaine d'application. La nomenclature établie par les différents traités-lois fait une nette distinction entre les usages de fait et les usages de droit. Si la première catégorie dispose d'un domaine restreint dont les effets sont limités aux parties, la deuxième en revanche, bénéficie d'une zone d'intervention relativement plus grande. Des secteurs très étendus de l'activité économique échappent à l'emprise des législations nationales. D'autres sont régis par des règles générales, ou fragmentaires. Un champ très vaste est donc laissé à l'autonomie de la volonté. Parce que les parties ne peuvent elles-mêmes tout prévoir et tout régler dans chaque contrat, un domaine relativement immense est abandonné par là-même occasion aux contrats-types, aux conditions générales, aux pratiques habituellement suivies, ou encore à l'usage. La complexité des rapports juridiques internationaux interdisent aux États de suivre une telle prolifération des contrats. Seuls les praticiens peuvent, parce ce que le besoin s'en fait sentir à eux directement, imaginer de nouveaux cadres contractuels, dessiner peu à peu de nouvelles figures juridiques, les modifier en fonction de l'expérience, les fixer ensuite localement ou par branche d'activité. Néanmoins, en renonçant à intervenir, les États reconnaissent que les praticiens sont souvent aptes à régler leur secteur et les normes qu'ils dégagent sont indéniablement mieux adapter que les lois nationales, rigides par nature et inadéquates à un commerce international en perpétuel mouvement.

À première vue, cette répartition des tâches pourrait être séduisante. Mais, en réalité elle porte en arrière plan un aveu d'impuissance de la part des États à régir un pan entier du commerce. L'intervention des usages est alors salutaire, puisqu'elle offre aux contrats internationaux une assise juridique. Nombreux sont ceux qui fixent les modalités de livraison, les conditions de paiement des prix, ou encore les tolérances admises en matière de freinte de route.¹ Certains sont universellement reconnus,² d'autres au contraire sont restreintes à une région voire à un pays. Des usages nationaux, régionaux ou locaux qui ne se seraient développés jusqu'alors qu'à l'occasion des ventes internes, sans avoir été adoptés dans le commerce international

¹ قرار تعقيبي مدني عدد 59243، مؤرخ في 01 فيفري 1999، النشوية، 1999، عدد2، ص. 183

² En matière de transport maritime de pétrole, il existe un usage universel qui considère que les freintes de route sont de 0.5%. Voir, Com., 16 juin 1987, Pourvoi n° 85-12.416, *Bull.* 1987, IV, page 116, n°153.

sont par conséquent inopérants. Ils ne deviennent pas internationaux pour la seule raison qu'un contractant étranger les connaissait ou aurait dû les connaître. Ils le seront à partir du moment où ils s'appliquent internationalement dans une branche d'activité déterminée, même s'ils ne sont observés que dans un nombre limité d'États.

Dans cette jungle normative, des conflits peuvent surgir entre différents usages susceptibles de régir une même situation.¹ Pour éviter une concurrence domaniale, les Conventions internationales fixent les conditions d'application de l'usage concerné dans l'espace. Cette délimitation permet aux protagonistes de déterminer le contenu du contrat. Dès les pourparlers, les parties peuvent modeler l'accord à leur guise en tenant compte d'un usage ou en excluant un autre. D'autre part, les contrats internationaux sont unanimement reconnus comme étant des écrits lacunaires. En cas d'omission de la part des intéressés ou en cas d'ambiguïté des stipulations contractuelles, les juges étatiques ou les arbitres auront la tâche plus facile lorsque le domaine de l'usage est explicitement déterminé à l'avance par un instrument juridique qui a vocation à régir le contrat en cause. Les usages écrits sont faciles à constater et donc à prouver.² Cette preuve se rapporte aussi bien à l'existence même de l'usage,³ qu'à son contenu.⁴ Les usages commerciaux touchent des secteurs importants du commerce international. Leur inscription dans le *corpus* conventionnel crée une présomption de connaissance à l'encontre de tout professionnel raisonnablement diligent.⁵ Cette présomption qui est érigée au rang de principe de la *lex mercatoria*,⁶ évoquée par la pratique arbitrale,⁷ suffit à écarter tout grief tenant par exemple à une défaillance dans les

¹ La question se pose par exemple de savoir s'il est possible de se prévaloir d'un usage généralement suivi en matière de transport dans un pays donné, pour s'opposer à l'application d'un usage purement local suivi seulement dans une région ou même dans un port. CA. Versailles, 14 mars 2002, *Droit et patrimoine*, 2002, page 116, obs. Pierre Mousseron ; Aurélie Brès, « Les conflits d'usages », in *Le renouveau des usages*, Actes du colloque, Faculté de droit de Montpellier, 17 juin 2011, *J.S.S.*, Octobre 2011, n°91, page 25.

² Philippe Fouchard, « L'État face aux usages du commerce international », *TCFDIP*, 1973-1975, Paris 1977, page 82.

³ Section 1-205 al.2 C.Com. États Unis : « L'existence et la teneur d'un tel usage doivent être prouvés de la même manière que les faits. S'il est établi que l'usage a été codifié, ou inscrit dans un texte analogue, c'est au tribunal de donner l'interprétation de cet écrit ».

⁴ Com., 6 février 1967, *JCP*. 1968, II, page 15364, note Jean Stoufflet. L'affaire concerne les règles et les usances en matière de crédit documentaire de la CCI. La Cour démontre que la preuve de l'existence de tels usages parfaitement connus est en réalité facile à réaliser.

⁵ Alina Kaczorowska, « Les usages commerciaux dans les conventions relatives à la vente internationale », *Rev. Juridique Thémis*, 1995, Vol. 29, n°2, page 429 : « À partir de l'instant où la règle est dénuée d'ambiguïtés, son application deviendra routinière et sans aucune discussion. Il suffira de prouver que les parties ont la qualité de commerçant, ce qui est une question de fait et par conséquent facile à établir, pour constater qu'elles auraient dû avoir connaissance d'un usage spécifique ».

⁶ Éric Loquin, « La réalité des usages du commerce international », *op.cit.*, page 163.

⁷ Sentence CCI., n°438 (1975), *JDI*, 1976, page 969 ; *Rec.*1976, I, page 253, obs. Yves Derrains. Selon l'auteur, la présomption de compétence professionnelle serait un principe de la *lex mercatoria* d'après lequel les praticiens du commerce international sont censés s'engager en connaissance de cause dans les opérations qu'ils

connaissances relatives aux usages qui régissent la branche d'activité concernée. Parce qu'il est largement connu dans le marché visé, l'usage est susceptible de s'appliquer traduisant ainsi la célèbre formule, « cela se fait, cela doit donc se faire ».¹

II- La concrétisation de l'usage commercial

L'usage est une pratique qui s'est élevée à un rang qui lui permet de s'imposer comme une évidence à l'encontre des parties.² Ces derniers se sentent dans l'obligation de s'y conformer. Cette conviction intime peut résulter de la régularité des comportements suivis.³ Mais, elle demeure toujours tributaire du bon vouloir des intéressés. *A contrario*, lorsque ces usages sont inscrits dans une disposition normative internationale, (A) ou lorsqu'ils sont appliqués par les juges ou les arbitres de manière régulière, le caractère contraignant de ces usages s'amplifie davantage. (B)

A- La reprise conventionnelle de l'usage

La vente internationale est régie par une panoplie de textes de nature parfois hétérogène. La plupart de ces règles sont issues des conventions internationales. Déçus par les maigres résultats de la conférence de La Haye de droit international privé ou par les lois uniformes laborieusement établies entre les deux guerres, les États envisagèrent une autre technique, plus souple pour l'harmonisation progressive du droit. Ils utilisèrent le cadre de leurs organisations interétatiques régionales ou même universelles et se mirent à élaborer en liaison étroite avec les milieux professionnels et à partir des usages écrits ou non que ceux-ci aient localement ou spécifiquement forgés, des conditions générales contractuelles ou des contrats types. Il en résulte que plusieurs domaines sont de nos jours régis par des traités-lois.⁴ Dans cette codification internationale,⁵ les usages occupent le haut des pavés.

traitent et ne sauraient prétendre qu'ils n'ont pu se rendre compte de l'importance des obligations à leur charge ; Voir aussi, sentence CCI., n°1512 (1971), *J.D.I.*, 1974, page 905.

¹ Didier Lluellas, « Du bon usage de l'usage comme source de stipulations implicites », *RJT*, 2002, Vol.36, page 87.

² CA. Paris, 12 juin 1980, *Rev. Arb.*, 1981, page 292, notes Gérard Couchez.

³ CA. Rennes, 3^{ème} Ch., 22 avril 2009, RG., n° 08/01235, *Inédit*.

⁴ Ex. Convention des N.U sur le transport des marchandises par mer, Hambourg 1978 ; Convention des N.U sur le contrat de vente internationale de marchandises, Vienne 1980 ; Convention des N.U sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, New York 1988 ; Convention des N.U sur les garanties indépendantes et les lettres de crédits stand-by, New York 1995.

⁵ Claude Samson, « Exportation de biens et de services : la Convention des N.U sur la vente internationale de marchandises », in *Les transactions transfrontalières*, Yvon Blais, Cowansville 1994, page 31.

L'approche des usages commerciaux à la lumière du droit uniforme permet de déceler deux attributs qui lui sont rattachés. L'usage est d'abord, un moyen d'interprétation.¹ En plus de codifier les usages commerciaux les plus répandus à travers le monde, plusieurs conventions y font appel en tant qu'outil interprétatif.² En cas de lacune affectant le contrat ou la loi, l'usage aide le juge à découvrir une solution appropriée.³ Au sens de l'article 8 CVIM, les usages sont appréhendés comme une circonstance capable de déterrer l'intention réelle des parties. Dans ce registre, pour déterminer la volonté d'un contractant ou ce qu'aurait compris une personne raisonnable, il doit être tenu compte de toutes les circonstances pertinentes, objectives en l'espèce. Ces circonstances sont notamment, les négociations, les habitudes qui se sont établies entre les intéressés, les usages et tout comportement ultérieur des protagonistes.⁴

Les Conventions internationales qui régissent le commerce international ont fait des usages la pierre angulaire de leur construction normative. Les documents relatifs à l'arbitrage international⁵ ou aux contrats internationaux,⁶ confèrent aux usages commerciaux une portée très étendue. Lors des négociations qui ont abouti à l'adoption de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises,⁷ de nombreux représentants étatiques se sont tournés entre autres, vers les usages et les pratiques contractuelles pour en concevoir les règles susceptibles de régir l'un des instruments juridiques les plus importants.⁸

¹ محمود شمام، العرف بين الفقه والتطبيق، م.ق.ت، افريل 1990، ص.7: " فالعرف يفزع إليه القاضي كلما فقد النص أو احتاج إلى شرح
عموض بنص بين يديه في موضوع معين "

² Ex. art.8 al.3 CVIM : « Pour déterminer l'intention d'une partie ou ce qu'aurait compris une personne raisonnable, il doit être tenu compte des circonstances pertinentes, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties ».

³ La nature de ces usages impose les conséquences juridiques suivantes : Premièrement, celui qui allègue l'usage doit en établir l'existence comme il le fait pour le contrat ; deuxièmement, le juge peut écarter l'application de l'usage en faisant état de la volonté contraire des parties qui étaient libres de ne pas le suivre. Paris, 1^{er} juillet 1970, *JCP*, 1971, II, page 16821.

⁴ Précis Juris. C.N.U.D.C.I concernant la CVIM, *Doc. Off.* O.N.U, New York 2016, page 59, n°21.

⁵ Ex. art. 7 Convention européenne sur l'arbitrage international : « 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 conflits qu'ils jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce ».

⁶ Ex. 1.9 Principes UNIDROIT : « Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti, ainsi que par les pratiques qu'elles ont établies entre elles. Elles sont liées par tout usage qui, dans le commerce international est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de la branche commerciale considérée, à moins que son application ne soit déraisonnable » ; art. 1 : 105 al.2 PEDC : « Elles sont liées par tout usage que des personnes placées dans la même situation qu'elles tiendraient pour généralement applicable, à moins que son application ne soit déraisonnable ».

⁷ Convention des N.U sur les contrats de vente internationale de marchandises, connue sous l'acronyme CVIM, est un traité-loi élaborée par la C.N.U.D.C.I sous les auspices de l'O.N.U. Elle a vu le jour à Vienne le 11 avril 1980. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988.

⁸ Ibrahim Fadallah, « Le projet de Convention de la C.N.U.D.C.I sur la vente de marchandises », *J.D.I.*, 1979, n°4, page 755.

In fine, le texte adopté proclame la supériorité de ces usages commerciaux par rapport à ses propres dispositions.¹ Cette catégorie d'usage est considérée comme la norme à suivre. En vertu de l'article 9 alinéa 2 CVIM, les parties sont liées par « 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 ». Il s'agit des usages que certains auteurs qualifient « de droit », par opposition à l'usage de fait.² Dans cette ligné, il peut être rangé parmi les règles de droit entendues comme une prescription dotée d'une force juridique.³ Tous les observateurs ont noté qu'un tel effort n'a pas été vain, que ces conventions rédigées en étroite collaboration avec les délégations gouvernementales et les représentants des professions concernées ont connu un grand succès, à tel point que la technique touche la plupart des domaines d'activité. La reprise pure et simple des usages par les textes internationaux a montré ses mérites. Elle est considérée comme une technique juridique de création du droit visant à reprendre, à réorganiser et à systématiser un ensemble de normes juridiques de manière méthodique au sein d'un document unique ayant une valeur juridique opposable.⁴

L'incorporation des usages dans les instruments juridiques internationaux se fait de deux manières. Certaines utilisent la technique du renvoi,⁵ jugée plus simple et moins contraignante.⁶ D'autres intègrent les préceptes d'un usage particulier dans une disposition précise de manière explicite.⁷ Cette technique confère à l'usage une force juridique similaire à celle de la loi, puisque toute forme d'inobservation aboutit *ipso facto* à des sanctions.⁸ En résumé, le rattachement des usages commerciaux aux dispositions conventionnelles est un

¹ Vinent Heuzé, *La vente internationale de marchandises : Droit uniforme*, LGDJ, Paris 2000, page 117, n°128.

² Jean-François Riffard, « À la recherche de la coutume en droit commercial », *La Revue. La coutume*, Mars 2013, n°2, page 69 ; Jean-Bertrand Blaise, *Droit des affaires*, LGDJ, 4^e édition, Paris 2007, page 24 ; Jacques Mestre, Marie-Eve Pancrazi, *Droit commercial*, LGDJ, 27^e édition, Paris 2006, page 11 ; Yves Guyon, *Droit des affaires*, T.I, Economica, 12^e édition, Paris 2003, page 26 ; Roger Houin, Michel Pedamon, *Droit commercial*, Dalloz, 9^e édition, Paris 1990, page 19 et *suiv.*

³ Pierre Mousseron, « Les usages en matière d'arbitrage », *R.U.D.N Journal of Law*, 2017, Vol. 21, n°3, page 455, n°1.2.

⁴ Carolina Cerda-Guzman, « La codification à droit constant, un oxymore ? », in *Qu'en est-il de la simplification du droit ?* Presses universitaires Toulouse I - Capitole, 2018, page 67, n°7.

⁵ Ex. art. 23 al. 1^{er} (c) Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE, 21 décembre 2007, page L.339/3

⁶ Philippe Fouchard, « L'État face aux usages du commerce international », *op.cit.*, page 79.

⁷ Ex. L'obligation de minimiser les pertes. Art. 77 CVIM : « La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée » ; Voir, Claude Witz, « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », *LPA*, 20 novembre 2002, n°232, page 50.

⁸ Georges Ripert, René Roblot, *Traité de droit commercial*, *op.cit.*, page 27, n°49.

travail de rationalisation du droit en lui donnant de la clarté, de la cohérence et de la simplification.¹ Au lieu d'avoir des usages éparpillés et incompréhensibles,² on aura des normes claires et unifiées dont l'application serait largement plus aisée.³ Il s'agit de créer une interface, un régime juridique spécial et uniforme pour faciliter les échanges internationaux.⁴

B- La consécration jurisprudentielle de l'usage

À l'échelle interne, le rôle des juges se limite à dire le droit. Mais lorsqu'ils s'aventurent en dehors de leurs frontières, ils deviennent des observateurs d'un milieu qui leur semble étrange.⁵ C'est la raison pour laquelle, les opérateurs du commerce international privilégient de loin l'arbitrage. Les arbitres sont considérés comme des juges privés de la mondialisation. Ils prennent en charge non seulement les valeurs du libre-échange, mais également celles de la morale universelle.⁶ À ce titre, ils se présentent comme des professionnels de l'usage.⁷ En effet, les dispositions concernant le droit applicable dans les divers instruments d'encadrement de la procédure arbitrale déclarent de manière uniforme que l'arbitre doit tenir compte dans tous les cas, du contrat et des usages commerciaux.⁸ La formule utilisée laisse entendre que les usages sont traités sur le même pied d'égalité que les contrats. Ainsi, ils sont associés à la volonté des parties et non pas au droit applicable, ce qui explique qu'ils doivent être pris en considération dans tous les cas.

La jurisprudence arbitrale semble plus pertinente que celle des juges étatiques du fait de l'absence de *for* qui la caractérise. L'arbitre ne raisonne pas en termes de règles de conflit⁹ ou de territorialité.¹⁰ Au contraire, il a nettement tendance à effectuer des interprétations de façon

¹ Michel Grimaldi, « Codes et codification : pour souligner le dixième anniversaire de l'entrée en vigueur du Code civil du Québec et le bicentenaire du Code Napoléon », *C. de D.*, 2005, Vol.46, n°11, page 16.

² البشير بكار، العادة والعرف ومدى تأثيرهما في التشريع والقضاء، مرجع سابق، ص. 31

³ Sophie Lamoureux, « La codification ou la démocratisation du droit », *op. cit.*, page 801 : « Simplifier le droit signifie rendre sa connaissance plus aisée en supprimant les contradictions, les expressions désuètes, les répétitions en le purgeant de ses éléments d'opacité ».

⁴ Fabien Gélinas, « Codes, silence et harmonie-Réflexion sur les principes généraux et les usages du commerce dans le droit transnational des contrats », *C. de D.*, 2005, Vol. 46, n° 4, page 941.

⁵ Pierre Billet, « Séance du 20 mars 1974 », *T.C.F.D.I.P.*, Paris 1977, page 91 : « J'ai été d'autant plus intéressé que comme magistrat, je n'ai pas eu souvent à connaître des usages ».

⁶ Philippe Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges Gérard FARGEAT*, Roche, Paris 1999, page 381.

⁷ Pierre Mousseron, « Les usages en matière d'arbitrage », *op.cit.*, page 453.

⁸ Art. 28 loi type de la C.N.U.D.C.I sur l'arbitrage commercial international.

⁹ Sentence CCI, n°1512/1971, *JDI*, 1974, page 904.

¹⁰ Alexis Mourre, « L'application par l'arbitre de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », *Bull. CCI.* 2006, Vol.17, n°1, page 45.

plus autonome.¹ Dans sa démarche, il statue en tenant compte des usages,² ce qui lui permet de se libérer des carcans de la loi nationale.³ Les tribunaux arbitraux retiennent souvent comme usage du commerce international une règle commune à l'ensemble des législations commerciales. 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. Bien au contraire, ils entendent établir l'universalité des principes dégagés et cela en vue d'établir leur caractère véritablement transnational.⁴ L'arbitrage international contribue donc à la cohésion des usages en évitant que leur interprétation contradictoire par les diverses juridictions nationales n'affecte leur caractère national. Par ailleurs, l'existence de normes propres au commerce international est l'une des raisons de la faveur actuelle pour la procédure arbitrale. En ce sens, un tribunal arbitral constate le rôle révélateur de la jurisprudence en affirmant que les décisions rendues par les cours arbitrales « 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 ».⁵

L'arbitrage constitue un excellent instrument de développement des usages, soit qu'il en constate l'existence, soit qu'il contribue à les forger. L'abondante jurisprudence démontre que les arbitres font plus que de simple constatation. Ils sont aussi à l'origine d'une production normative dont l'importance quantitative et qualitative va de manière croissante.⁶ Il n'est d'ailleurs pas rare qu'une sentence arbitrale se réfère à d'autres décisions pour se valider elle-même. De la répétition des précédents et de l'autorité qui leur est conférée naissent ainsi certains usages.⁷ Dans cette recherche, et « à défaut de précision de méthode apportée par les parties elles-mêmes, les conseils et les arbitres devront procéder à une analyse de droit comparé de façon à dégager la ou les règles pertinentes. Les précédents résultants de

¹ Anissa Boussofara, *L'application de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 par les arbitres*, mémoire mastère, Université de Nice, 2007, page 87.

² Com, 27 avril 1982, Pourvoit n°81-11766, *Inédit*.

³ Sentence 23 août 1958. (Affaire Arabie Saoudite c/ ARAMCO), *Rev. Crit. DIP.* 1963, page 272.

⁴ Éric Loquin, « La réalité des usages du commerce international », *op.cit.*, page 164.

⁵ Sentence arbitral CCI, n° 4131, *J.D.I.*, 1983, page 899.

⁶ Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique national*, LGDJ, Paris 1992, page 266.

⁷ Affaire Elf Aquitaine Iran c/ National Iranian Oil Company, *Rev. Arb.* 1984, page 401 ; Philippe Fouchard, « Elf Aquitaine Iran c/ National Iranian Oil Company, une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage », *Rev. Arb.* 1984, page 333.

sentences arbitrales rendues dans des circonstances analogues constituent incontestablement une matière appréciable, mais les règles transnationales ne se limitent en aucun cas à des précédents. Il incombe aux conseils des parties et aux arbitres, dans le respect du contradictoire, de montrer que, sur telle ou telle question en litige, les droits étatiques convergent vers une solution déterminée, de sorte que cette solution peut être retenue au titre des règles transnationales ».¹

Conclusion :

Les usages du commerce sont omniprésents. Bien qu'ils puissent être limités à une activité économique particulière ou à une région donnée, ils font partie d'un contexte normatif informel. Ils s'inscrivent dans ce qu'on peut appeler le droit spontané,² droit dont la genèse serait irréfléchie et nullement programmée. Cette catégorie met en échec le monopole des États en matière de création normative. Certes, depuis quelques siècles, l'organisation humaine s'est institutionnalisée. Mais il n'empêche que les usages continuent à régir les relations d'affaires. Leur caractère mouvant est une arme à double tranchant. Si, l'aspect évolutif d'un usage est une vertu indéniable, dans la mesure où elle lui permet de gérer le changement des mœurs, elle est également une pierre d'achoppement pour la fluidité des transactions. Dans le cadre d'un échange international, les usages foisonnent.³ Certains sont connus, d'autres un peu moins. Pour continuer à régir la société des marchands tout en assurant la sécurité juridique nécessaire, l'usage qui est à la base une pratique, devient une norme juridique internationale. L'opération reste toujours « mystérieuse »,⁴ mais elle est de plus en plus revendiquée et assumée. Loin de rejeter les usages ou de les ignorer, les États en viennent souvent à considérer que la voie conventionnelle est le procédé le plus convenable pour les harmoniser. Une fois, ce procédé est accompli, la reconnaissance des usages par les praticiens, les juges et les arbitres serait plus aisée.

¹ Emmanuel Gaillard, « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *J.D.I.*, 1995, n°5, page 24.

² Pascale Deumier, *Le droit spontané*, Economica, Paris 2002, page 180, n°200.

³ Marie-Claude Rigaud, Guy Lefebvre, « Les usages du commerce international : où en sommes-nous ? où en sont-ils ? op. cit, page 643.

⁴ Pascale Deumier, *Le droit spontané : contribution à des sources du droit*, thèse Université Toulouse 1, 2000, page 1.