

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite

disponible à : www.themis.umontreal.ca

Les usages commerciaux dans les conventions relatives à la vente internationale

Dr. Alina Kaczorowska[\[1\]](#)

INTRODUCTION 429

I. LA NATURE DES USAGES VISÉS PAR LA RÉGLEMENTATION UNIFORME 430

A. La critique des arguments favorables à la normativité de l'usage (L.U.V.I.) 433

1. Le malentendu relatif à la formule employée par l'article 9 (2) de la L.U.V.I. 434
2. La remise en question de la priorité de l'usage sur la L.U.V.I. en tant qu'argument en faveur de la normativité de l'usage 437
3. La remise en question de la formule «les parties sont liées» en tant qu'argument en faveur de la normativité de l'usage 439

B. La confirmation de la nature conventionnelle de l'usage par la C.V.I.M. 440

1. Le rapport entre l'article 8 (3) et l'article 9 de la C.V.I.M. 440
2. La nature de l'usage d'après la C.V.I.M. 441

II. LA CRITIQUE DU RÔLE ACCORDÉ AUX USAGES COMMERCIAUX PAR LA RÉGLEMENTATION UNIFORME 443

A. Les critiques relatives à l'article 9 de la C.V.I.M. et à l'article 9 de la L.U.V.I. 443

1. La supériorité accordée aux usages du commerce international 445
2. La connaissance des usages par les parties à un contrat de vente internationale de marchandises 447

B. Les critiques relatives à l'article 9 (2) de la C.V.I.M. 451

1. L'usage international versus l'usage local 452
2. L'usage «régulièrement observé» 454
3. L'interprétation des termes commerciaux 456

CONCLUSION 456

vente internationale de marchandises de 1980[2] et les deux conventions de la Haye de 1964 portant Loi Uniforme[3]: l'une sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (L.U.V.I.) et l'autre sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels (L.U.F.V.I.) reconnaissent l'importance que les usages commerciaux jouent dans la pratique du commerce international. En effet, le décalage entre les besoins des opérateurs du commerce international et la réponse du droit étatique ou interétatique a provoqué l'épanouissement des usages commerciaux. Ce phénomène a pris une telle envergure que certains y voient la naissance de la *lex mercatoria* moderne. Ainsi, il n'est pas possible d'étudier la question des usages commerciaux sans aborder celle relative à la *lex mercatoria*. L'existence et le contenu de cette dernière ont soulevé une longue et fastidieuse controverse qui fourmille d'avis et d'arguments[4]. Tout a été dit, et parfois fort bien. Il semble donc inutile de reprendre le débat pour ajouter notre modeste opinion à tant d'autres, combien plus autorisées. Et pourtant, il est nécessaire de préciser la notion d'usage visée par le droit conventionnel international. Consacre-t-il l'usage conventionnel ou l'usage normatif? Or, répondre à cette question équivaldrait à prendre partie c'est-à-dire à devenir le partisan de la *lex mercatoria* ou bien à «épouser» les théories contraires. On comprend les conséquences d'un tel choix si l'on voit l'importance que le droit conventionnel d'origine internationale accorde aux usages commerciaux et la rapidité avec laquelle la plupart des opérations commerciales internationales sont conclues et ce sans formalisme. En effet, les conventions relatives à la vente internationale confèrent aux usages commerciaux une portée très étendue: d'une part elles proclament la supériorité des usages commerciaux par rapport à leurs propres dispositions, et d'autre part font revêtir à ceux-ci une importance considérable dans la détermination du contenu contractuel. L'actualité et l'intérêt de cette étude n'ont pas besoin d'être longuement soulignés étant donné l'importance des ventes de marchandises au sein des échanges internationaux et le succès de la nouvelle Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, adoptée à Vienne en 1980: en effet elle a, au 16 septembre 1992, obtenu 38 ratifications. Non seulement le nombre d'États Parties à la C.V.I.M. est impressionnant, mais on trouve surtout parmi les États Contractants des États appartenant à toutes les régions géographiques, à tous les stades de développement économique et à tous les grands systèmes juridiques. Ainsi, on peut aujourd'hui affirmer que sa diffusion universelle est assurée[5].

Dans cet article, nous nous interrogerons d'abord sur la nature de l'usage commercial: règle de droit, ou simple pratique professionnelle usuelle tenant son autorité de la volonté des parties à un contrat international, aux yeux de la réglementation uniforme? Nous examinerons ensuite, en fonction de la réponse à cette question, le rôle accordé aux usages commerciaux par les conventions relatives à la vente internationale, la C.V.I.M. et les Lois Uniformes de 1964. Une comparaison entre les deux conventions, une étude des points de ressemblance ainsi que la mise en évidence de leurs différences peuvent présenter un double intérêt: évaluer l'efficacité du droit conventionnel en la matière et élargir la réflexion sur les problèmes qui subsistent au niveau international dans la mise en oeuvre des usages commerciaux.

I. LA NATURE DES USAGES VISÉS PAR LA RÉGLEMENTATION UNIFORME

Supposons en premier lieu que l'article 9 (2) de la C.V.I.M. relatif aux usages commerciaux définisse l'usage comme étant une règle de droit, c'est-à-dire qu'il consacre la théorie de la *lex mercatoria*. À ce chapitre, M. Goldman affirme que la réalité de la société internationale des commerçants:

permet de considérer que les normes qui la modèlent sont bien des règles de droit; mais cette qualification n'est „ ou ne sera „ pleinement méritée que dans la mesure où ces normes, se

libérant de leur origine contractuelle, accèderont à la dignité de règles coutumières, susceptibles de s'appliquer en l'absence même de leur adoption par convention expresse. [Ainsi, tout s'explique par...] une analyse complète du processus qui va, dans la formation de la lex mercatoria, des clauses contractuelles aux règles coutumières. [6]

De son côté, Philippe Kahn affirme que la *lex mercatoria* est composée de «règles matérielles, substantielles, qui forment la trame des relations quotidiennes des agents économiques transnationaux» [7]. Ici, l'usage cesse d'être une simple question de fait, laissée à l'appréciation discrétionnaire du juge saisi. Toutefois, même si un tel scénario paraît séduisant, il faut se rappeler les conséquences qu'il peut avoir sur la preuve, la procédure et l'interprétation du contrat. En second lieu, la consécration de la *lex mercatoria*, telle que préconisée par Goldman et Kahn, présente de sérieux inconvénients par rapport à la C.V.I.M. En effet,

„ la *lex mercatoria* remet en question l'utilité pratique de l'unification conventionnelle du droit relatif à la vente internationale de marchandises: sur le plan substantiel tout d'abord, puisqu'elle contient les règles internationales par excellence dont la qualité est supérieure à celles d'une convention internationale. En second lieu, alors que la matière unifiée par une convention internationale reste toujours assez limitée et contient des lacunes, la *lex mercatoria* dépasse la méthode conflictuelle puisqu'elle est composée d'un ensemble de règles matérielles apportant une solution au règlement des litiges;

„ l'efficacité de la C.V.I.M. est fort réduite. Il va de soi que la communauté des acheteurs et des vendeurs donnent préférence à la loi créée par eux et pour eux;

„ de même, la C.V.I.M. accorde la priorité aux usages commerciaux et affirme ainsi son infériorité.

Toutefois, si la *lex mercatoria*

est un accident de parcours dans l'histoire de la théorie du droit [puisque] dans la réalité juridique, il n'y a que des usages commerciaux conventionnels, il n'y a ni lex mercatoria, ni droit anational, ni droit transnational sauf si ce dernier est compris comme étant un fonds commun aux droits nationaux. [8]

La C.V.I.M. retrouve alors toute sa signification. Dans un tel cas, en plus de codifier les usages commerciaux conventionnels les plus répandus à travers le monde, elle consacre l'usage en tant qu'outil d'interprétation du contrat de vente internationale de marchandises.

La détermination de la nature de l'usage dont parle l'article 9 (2) est d'autant plus nécessaire que cette disposition a déjà donné lieu à bien des opinions divergentes. Ainsi, pour les partisans de la *lex mercatoria*, l'article 9 (2) constitue non seulement la consécration de leur théorie sur le plan international, mais sert également de fondement à une définition normative de l'usage. À cet égard, Fouchard considère qu'«on s'accorde [...] pour admettre que les usages constituent «le noyau dur» de la *lex mercatoria*» et il précise plus loin:

les usages sont des règles de droit nées d'une pratique répétée dans un milieu déterminé et applicable «sauf convention contraire des parties [...dès lors qu'elles en] avaient connaissance ou auraient dû en avoir connaissance». La formule ici citée est empruntée à l'article 9 (2) de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, signée à Vienne le 11 avril 1980.[\[9\]](#)

Toutefois, pour les auteurs américains, cette même disposition signifie:

Here the focus is on what is in fact widely known and regularly observed «behavioral custom» rather than «normative custom» what people do rather than what they think they ought to do. The source and the evidence of such usage is to be found in contract practices in the particular trade.[\[10\]](#)

Une telle confusion exige qu'on découvre la nature des usages visés par la réglementation uniforme, aussi bien par la Loi Uniforme de 1964 que par la C.V.I.M.

A. La critique des arguments favorables à la normativité de l'usage (L.U.V.I.)

Avant même d'examiner la solution de la Loi Uniforme à cet égard, et afin de dissiper toute ambiguïté, il semble nécessaire de rappeler que les usages ne peuvent être classés qu'en deux catégories, à savoir: d'une part, les usages dits conventionnels, et d'autre part, les usages dits normatifs qui répondent à la définition de la coutume. Cette classification est valable tant sur le plan national qu'international[\[11\]](#).

Il est donc bien important, voire essentiel, de ne pas confondre ces deux expressions: l'usage conventionnel se différencie en tous points de la coutume[\[12\]](#). Une analyse classique consiste à décomposer l'usage normatif (coutume) en deux éléments: l'élément normatif, à savoir une pratique généralisée, de masse, constamment et longuement suivie et l'élément psychologique, le sentiment d'obligation de la part des contractants, *opinio juris sui necessitatis* „ le fait que les parties aient la conviction que la violation d'un usage de droit sera indiscutablement sanctionnée[\[13\]](#). Ainsi, l'usage conventionnel ne contient que l'élément matériel de la coutume. L'élément psychologique est absent, puisque les parties n'ont aucun sentiment d'obligation. Kassis a mis en avant deux caractéristiques de l'usage conventionnel. Tout d'abord, le domaine propre à l'usage,

est celui de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire celui où les actes juridiques pourront être créés par cette volonté librement, sans s'achopper à une règle impérative. [La seconde caractéristique...] se rapporte au mode d'intervention, au processus par lequel l'usage conventionnel opère et produit ses effets juridiques. Ce processus est celui de l'interprétation de la volonté des contractants. On greffe sur la convention une clause qui ne s'y trouve pas.[\[14\]](#)

On peut dès lors se demander quelle est la position de la L.U.V.I. à cet égard. Il n'est pas douteux qu'elle affirme le caractère conventionnel de l'usage. Cependant, certains auteurs se sont efforcés de démontrer que la L.U.V.I. et notamment l'article 9 (2) consacre la conception normative de l'usage. On peut ramener au nombre de trois les arguments invoqués en faveur de cette conclusion:

1- L'idée la plus souvent avancée est que l'article 9 (2) suggère que même l'usage inconnu des parties peut être applicable au contrat.

2- Plusieurs auteurs ont souligné que la formule de l'article 9 (2) relatif à la suprématie de l'usage sur la Loi uniforme implique la consécration du caractère normatif de l'usage.

3- Enfin, même l'emploi par la L.U.V.I. de l'expression «les parties sont liées» a été considéré comme une confirmation de la normativité de l'usage.

Chacun de ces arguments appelle des explications. Toutefois, même si les arguments sus-énoncés ne résistent pas à l'examen, ils se trouvent en grande partie justifiés par la mauvaise rédaction dudit article. En effet, peu de dispositions de la L.U.V.I. ont encouru des critiques aussi vives que l'article 9 (2). Cependant, les griefs qui peuvent être articulés à son encontre se situent non seulement sur le plan formel, mais également sur le plan matériel. Nous examinerons respectivement chacun des arguments invoqués, ce qui nous permettra de faire le point sur cette question.

1. Le malentendu relatif à la formule employée par l'article 9 (2) de la L.U.V.I.

Aux termes de l'article 13 (1) de la L.U.F.V.I., l'usage est ainsi défini:

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.

À la lumière de cette disposition, on constate que l'usage est une pratique généralisée à un point tel que les contractants sont censés la connaître, puisqu'une personne raisonnable qui oeuvre dans le même domaine et placée dans la même situation en fera application. L'article 9 de la L.U.V.I. prévoit:

1. Les parties sont liées par les usages auxquels elles se sont référées expressément ou tacitement et par les habitudes qui se sont établies entre elles.

2. Elles sont également liées par les usages que des «personnes raisonnables» de même qualité placées dans leur situation considèrent normalement comme applicable à leur contrat. En cas de contradiction avec la présente Loi, ces usages l'emportent, sauf volonté contraire des parties.

Y a-t-il une différence de nature entre l'usage dont parle l'article 13 de la L.U.F.V.I. et celui retenu par l'article 9 de la L.U.V.I.? Nous ne le pensons pas. Cependant, l'article 9 de la L.U.V.I. a fait l'objet de nombreuses controverses et plusieurs auteurs ont notamment souligné que l'article 9 (1) consacrait la théorie des usages conventionnels, alors que l'article 9 (2) concernait les usages dits normatifs. Ce malentendu trouve son origine dans le commentaire de la Commission spéciale nommée par la

Conférence de La Haye relatif au troisième projet de Loi Uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels (1956). Selon ce commentaire, le paragraphe 2 de l'article 9,

should be considered to comprise even those usages of which the parties have not thought or known, and to which, therefore, they have not been able to make reference in their contract. [15]

Or, la pratique contractuelle, pour devenir usage, doit être courante, générale, collective; comme l'a dit Escarra: «l'usage commercial date du jour où les clauses écrites ont été sous-entendues» [16].

Ainsi, les parties n'ont pas besoin de se référer à un quelconque usage donné. Toutefois, si tel était le cas, l'usage deviendrait partie intégrante du contrat d'où émane sa force obligatoire. Chercher un indice ou une référence au sein du contrat, afin d'appliquer un usage, équivaldrait à lui refuser sa qualité d'usage. Il en résulte que le commentaire de la Commission spéciale n'a rien dit quant à la nature normative ou conventionnelle de l'usage. Le malentendu s'est aggravé lorsque M. De Castro y Bravo, l'auteur du rapport sur *Les relations entre la Loi Uniforme, la volonté des parties, les usages et les lois nationales* [17] (présenté à la Conférence de La Haye de 1951), un expert en la matière, a écrit à propos de l'article 14 du troisième projet de la Convention (l'article 9 de la L.U.V.I.):

Les parties sont obligées, dit l'article 14, par les usages que les personnes qui se trouvent dans la situation des contractants considèrent généralement comme des clauses formant partie intégrante de leur contrat. De telle sorte que la déclaration de volonté sera complétée impérativement par ces usages, qu'ils soient ou non acceptés, qu'ils soient ou non connus des contractants ou de l'un d'eux. Il ne s'agit pas ici de la fonction interprétative de l'usage, dans laquelle celui-ci est utilisé comme disposition présumée voulue (présomption, «juris tantum»), comme élément utile pour connaître la véritable volonté de ceux qui ont contracté; mais il s'agit de donner à l'usage la valeur d'un Droit dispositif ayant la préférence sur les dispositions de la Loi Uniforme. [18]

À la lumière de cette affirmation, il est nécessaire de préciser la différence entre le droit dispositif et l'usage conventionnel. Tout d'abord, la loi dispositive contient elle-même et exprime directement la règle destinée à suppléer à l'expression de la volonté, tandis que l'usage conventionnel ne la laisse découvrir qu'indirectement, par le jeu normal d'un principe distinct, le principe de l'autonomie de la volonté [19]. Le juge applique d'office la loi interprétative, alors que le fondement d'application de l'usage conventionnel se retrouve dans la volonté sous-entendue des parties. Le juge en fera application uniquement à défaut de volonté contraire des parties.

La deuxième différence est de nature pratique. La distinction entre l'usage conventionnel et la loi dispositive correspond à la différence entre présomption de fait et présomption de droit. Ainsi, l'usage conventionnel n'est qu'une présomption de fait et comme telle, sur le plan pratique, la partie qui l'invoque devra prouver que son cocontractant a pu la connaître: la connaissance réelle n'est pas exigée. Lorsque les parties appartiennent au milieu des affaires internationales, on présume qu'elles connaissent l'usage, puisque la personne raisonnable de même qualité et placée dans un même contexte ne l'ignore pas.

Donc, on constate que M. Bravo a été victime de la mauvaise rédaction de l'article 14. Le rapport du Secrétaire général relatif aux questions non réglées concernant le texte révisé d'une Loi Uniforme confirme cette conclusion. Ce texte prévoit:

[C]e libellé donne à penser que le paragraphe 2 ne se fonde pas sur ce qu'escomptent les parties, mais sur quelque principe, qui n'est pas énoncé, peut-être quelque obligation générale différente des obligations contractuelles implicites des parties.[\[20\]](#)

De même, Bainbridge démontre jusqu'à quel point la mauvaise rédaction de l'article 9 de la L.U.V.I. peut nous induire en erreur:

One could argue that if regularly followed usages were incorporated through paragraph 2, paragraph 1 would have been unnecessary unless it meant that usage incorporated through implication could include usage that was not widely followed in trade, but rather inferred by a court into the parties agreement. A court following this reasoning could have bound the parties to a usage that did not create an expectation that it would be binding and which, in commercial practice, would not apply.[\[21\]](#)

De son côté Honnold estime que l'article 9 (1) de la L.U.V.I. peut donner une impression que «*abnormal rules are applicable to the construction of contract*»[\[22\]](#) puisque l'usage préconisé par le paragraphe 2 de l'article 9 est celui qui est suivi par des personnes raisonnables.

2. La remise en question de la priorité de l'usage sur la L.U.V.I.
en tant qu'argument en faveur de la normativité de l'usage

Toutefois, les conclusions de Jokela et de Karlgren ne peuvent pas être expliquées par la formulation ambiguë de l'article 9. Ces derniers[\[23\]](#) observent que la distinction entre l'article 9 (1) et (2) reflète l'approche des pays de droit civil («*continental approach*») relative aux usages commerciaux. Selon eux, l'article 9 (1) fait référence de façon implicite aux usages factuels alors que l'article 9 (2) concerne les usages normatifs. Karlgren souligne que cette distinction a aussi son importance pratique puisque l'usage dit factuel ne déroge pas au droit supplétif. Jokela affirme que l'article 9 (2) met en avant le caractère normatif de l'usage puisque:

First, paragraph 2 would have been needless from the point of view of the purely contractual approach [...] Secondly, the wording of paragraph 2 no longer contains a literal reference to the terms of the contract. Thirdly, the present paragraph 2 stipulates: [...] In the event of conflict with the present Law, the usages shall prevail unless otherwise agreed by the parties. The sentence is hardly understandable if the first part of paragraph 2 is to include solely usages on a contractual basis.[\[24\]](#)

Jokala met donc l'accent sur la suprématie de l'usage, d'où il déduit son caractère normatif. Toutefois, tout en affirmant que l'article 9 (2) consacre l'usage normatif, Jokala s'est rendu compte que son raisonnement conduit à une impasse puisqu'il constate:

It is not clear, at the outset, to what extent there are truly international usages which would be legally binding everywhere without support of the contract. It must be borne in mind that such

devices as Incoterms, the E.C.E. standard forms of contract, etc. ,, sometimes referred to as international commercial custom ,, constitute «clausal law» in the sense that those rules derive their force from the contract. [25]

Dans ce contexte, deux questions se posent. Tout d'abord, on se demande si sur le plan national, les usages jouissent d'une supériorité par rapport à la loi dispositive (supplétive ou interprétative). Deuxièmement, on s'interroge sur ce qui se passe lorsqu'un usage est contraire à une loi impérative. Dans cette dernière situation, l'usage l'emporte-t-il sur les dispositions impératives de la loi?

En ce qui concerne la première question, on constate que la prétendue supériorité des lois non impératives sur les usages n'est qu'une illusion. Selon M. Kassis, en droit français, «la primauté des usages [...] ne devrait pas faire l'ombre d'un doute» [26]. À l'appui de cette affirmation, il cite la doctrine et la jurisprudence françaises [27]. L'usage conventionnel l'emporte sur la loi non impérative contraire puisqu'il devient partie intégrante du contrat et exprime de cette façon la volonté des parties. Or, c'est seulement à défaut de volonté contraire des parties que la loi supplétive s'applique. La même solution est adoptée en droit allemand, anglais, américain [28] et québécois [29].

En ce qui concerne le rapport entre l'usage et le droit impératif, il est généralement admis que les dispositions impératives l'emportent sur les usages. Ainsi, l'usage selon lequel les cornes de rhinocéros se vendent au cent kilogrammes (loi du 13-20 juin 1866) se trouve invalidée par la législation d'un État africain interdisant leur chasse [30].

Cette analyse nous semble nécessaire afin de vérifier si sur le plan international les mêmes solutions pourront être dégagées. On constate que la L.U.V.I. a un caractère non impératif. Donc, ce n'est pas au niveau juridique que la suprématie de l'usage suscite la controverse, mais plutôt au niveau de l'éthique de la vie internationale des affaires.

3. La remise en question de la formule «les parties sont liées» en tant qu'argument en faveur de la normativité de l'usage

L'affirmation la plus surprenante quant au caractère normatif de l'usage préconisé par l'article 9 (2) est celle de Berman et Kaufman:

ULIS (L.U.V.I.) in effect defines usage in terms of norms, rather than patterns of behavior. It provides that the parties «shall [...] be bound by usages which reasonable persons in the same situation [...] usually consider to be applicable to their contract. This suggests, at least, an opinio necessitatis. [31]

À cet égard, deux remarques s'imposent. Tout d'abord l'expression «shall [...] be bound» est aussi employée par l'article 9(1) de la L.U.V.I. Toutefois, personne n'affirme qu'il s'agit d'usages normatifs. En second lieu, la définition de l'usage contenue dans la section 1-205(2) du *Code de commerce uniforme* des États-Unis (*Uniform Commercial Code*) ne ressemble-t-elle pas à l'idée qui se dégage de l'article 9 (2)? Quoi qu'il en soit, il suffit de lire le commentaire de M. Tunc relatif à l'article 9 pour constater que la L.U.V.I. envisage l'usage sur le plan conventionnel, que l'usage n'est qu'une simple présomption de fait susceptible d'être renversée par une preuve contraire. Tunc a ainsi commenté l'article 9 de la L.U.V.I.:

L'article 9, qui prolonge en quelque sorte l'article 3 montre comme lui, quelle a été la modestie des rédacteurs de la Loi Uniforme. L'article affirme la prééminence sur la Loi Uniforme à la fois des usages auxquels les parties se sont référées expressément ou tacitement. Des habitudes qui ont pu s'établir entre elles et des usages que les personnes raisonnables de même qualité placées dans leur situation considèrent normalement comme applicables à leur contrat. Il pose également une règle d'interprétation qui découle de ce principe fondamental.[\[32\]](#)

B. La confirmation de la nature conventionnelle de l'usage par la C.V.I.M.

Avant de procéder à l'analyse de l'article 9 de la C.V.I.M., il est nécessaire de s'interroger sur la nature des liens entre l'article 8 (3) et l'article 9 de la convention.

1. Le rapport entre l'article 8 (3) et l'article 9 de la C.V.I.M.

Dans les dispositions générales de la C.V.I.M., deux articles relatifs aux usages ont été insérés. Il s'agit de l'article 8 (3) et de l'article 9. L'article 8 établit des règles uniformes d'interprétation d'un contrat international. Ainsi, le juge doit tout d'abord découvrir l'intention réelle des parties. Cependant, lorsqu'il ne parvient pas à déceler ni l'intention réelle des parties ni l'intention de l'une des parties lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention, il peut avoir recours au critère objectif relatif à la personne raisonnable. L'article 8 (3) complète ces deux règles d'interprétation en énonçant que toutes les circonstances extrinsèques pertinentes telles les négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, les habitudes qui se sont établies entre elles, les usages et tout comportement ultérieur des parties, doivent aider le juge à déterminer l'intention d'une partie ou ce qu'aurait compris une personne raisonnable. En d'autres termes, l'article 8 (3) exige que le juge place une transaction en question dans le contexte commercial dans lequel elle s'inscrit[\[33\]](#). Cette disposition suscite une interrogation quant à la nature des liens entre l'article 8 (3) et l'article 9 de la C.V.I.M.

L'article 8 (3) consacre-t-il l'usage conventionnel, l'usage en tant qu'outil d'interprétation du contrat? Quant à l'article 9 (2), se rapporte-t-il à l'usage normatif, l'usage règle de droit? Les deux dispositions ont-elles des fonctions différentes à remplir? Ainsi, l'usage dont parle l'article 8 (3) serait-il appliqué pour l'interprétation explicative du contrat, alors que l'article 9 (2) de la C.V.I.M. concernerait uniquement l'interprétation complétive?

Il n'est pas douteux que la C.V.I.M. consacre la nature unique de l'usage. En premier lieu, elle écarte toute différence entre l'usage dont parle l'article 8 (3) et celui utilisé par l'article 9 (2). Une telle conclusion s'impose pour trois raisons.

Tout d'abord, dans le «Rapport du groupe de travail sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels, sur les travaux de sa neuvième session», l'usage en tant qu'instrument permettant de déterminer l'intention des parties a été ainsi défini:

L'intention des parties ou l'intention qu'auraient eu des personnes raisonnables placées dans la même situation [est] déterminée compte tenu des circonstances pertinentes, notamment [...] des usages (dont les parties avaient connaissance ou qu'elles avaient des raisons de connaître, et qui,

dans le commerce international, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée). [34]

Ensuite, on peut soutenir que l'article 9 de la C.V.I.M. précise l'article 8 (3) puisque, d'une part, il aborde directement la question de l'usage et que, d'autre part, la place qu'il occupe dans le chapitre II relatif aux dispositions générales implique qu'il s'applique à tous les points de la C.V.I.M. Par conséquent, il serait inadmissible, à chaque fois que le mot usage est mentionné par la C.V.I.M., de recommencer les mêmes débats [35].

En dernier lieu, il nous semble que les auteurs de la C.V.I.M., s'ils avaient réellement désiré différencier l'usage dont parle l'article 8 (3) et celui utilisé par l'article 9 de la C.V.I.M., auraient dû en faire expressément mention.

Par conséquent, la C.V.I.M. ne consacre que l'usage tel que défini par l'article 9. Affirmer le contraire aboutirait à créer deux catégories d'usages, ceux destinés à déterminer l'intention des parties et ceux suppléant au silence des parties en ajoutant une clause manquante. Non seulement cette solution entre-t-elle en conflit avec le but ultime que s'est fixé la C.V.I.M., soit l'uniformité, mais encore ne prend-elle pas en considération le fait que l'interprétation est une activité intellectuelle indivisible et que chaque fois que le juge, à l'aide d'usages, cherche à établir l'intention des parties sur une question litigieuse, il complète en même temps le contrat.

2. La nature de l'usage d'après la C.V.I.M.

La Convention affirme-t-elle la nature conventionnelle de l'usage ou, au contraire, proclame-t-elle son caractère normatif? On remarque que la C.V.I.M. ne donne aucune définition de l'usage. Les termes de l'article 9 de la C.V.I.M. nous permettent de conclure sur la notion d'usage, ce dernier prévoyant:

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

La formulation de l'article 9 de la C.V.I.M. est encore plus claire que celle de la L.U.V.I. Elle affirme la nature conventionnelle de l'usage. L'article 9 de la C.V.I.M. ressemble à s'y méprendre à la section 1-205 du *Code de commerce uniforme* des États-Unis, laquelle donne la définition suivante de l'usage:

On entend par «usage du commerce» 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. L'existence et la teneur d'un tel usage doivent être prouvées 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. [36]

Par ailleurs, plusieurs auteurs américains ont mis de l'avant ce point commun. Ainsi, Dore et Defranco ont souligné:

These definitions are similar in several respects. First, both codes require that a usage be regularly observed. Second, regularity of observance will, in turn, be probative of the parties' actual or implied knowledge of the particular usage in question. Finally, both definitions limit applicable usages to those which are particular to a specific trade. [...]. The Convention's definition of usages of trade, [...] is not significantly different from that of the U.C.C.[\[37\]](#)

De son côté, M. Farnsworth affirme: «*Although the CISG (C.V.I.M.) text is much less detailed than the code (U.C.C.), there are obvious parallels*»[\[38\]](#).

Il ne paraît guère douteux que la C.V.I.M. confirme la nature conventionnelle de l'usage. Il reste à vérifier quel rôle la réglementation uniforme lui accorde.

II. LA CRITIQUE DU RÔLE ACCORDÉ AUX USAGES COMMERCIAUX PAR LA RÉGLEMENTATION UNIFORME

Les dispositions de la L.U.V.I. relatives aux usages commerciaux ont donné lieu à de nombreuses critiques. La C.V.I.M. constitue-t-elle un progrès par rapport à la L.U.V.I. en la matière? La réponse est incontestablement négative. En effet, l'article 9 de la C.V.I.M. a repris, pour l'essentiel, la disposition correspondante de la L.U.V.I. Ainsi aboutira-t-on aux mêmes résultats, en empruntant un autre chemin. Dans un tel contexte, il semble inutile d'analyser de façon distincte les critiques émises à l'égard de la L.U.V.I. et de la C.V.I.M. puisque, au fond, elles sont les mêmes. Il semble plus approprié de les étudier conjointement (A). De plus, la C.V.I.M. crée des contradictions nouvelles. En effet, certains points restent obscurs; on se demande à quel moment l'usage devient observé et comment interpréter les termes commerciaux, étant donné que l'article 9 (3) de la L.U.V.I. a été supprimé (B).

A. Les critiques relatives à l'article 9 de la C.V.I.M. et à l'article 9

de la L.U.V.I.

La tâche d'améliorer et de réviser l'article 9 de la L.U.V.I. n'était pas facile compte tenu du fait que les usages du commerce international constituent une question non seulement juridique mais également politique[\[39\]](#). L'hostilité des pays en voie de développement aux usages du commerce international est bien connue. Le Mexique a exprimé ses inquiétudes en indiquant que la priorité des usages sur la Loi uniforme «pourrait conduire à imposer des usages injustes ou des pratiques inéquitables à la partie la plus faible»[\[40\]](#). À cet égard Kastely a remarqué:

If the Convention requires merchants from the developing nations to comply with usages of which they are unaware and which serve the interests of merchants from the industrialized nations, then the Convention truly operates as an instrument of continued domination.[\[41\]](#)

Par conséquent, la disposition concernant les usages commerciaux est devenue, comme l'a souligné M. Lebedev (le représentant de l'ancienne U.R.S.S. à la Convention de Vienne), le point crucial des débats[42]. La version présentée dans le projet de la Convention sur la vente de marchandises a même été remaniée pendant la Conférence de Vienne. Selon l'article 8 du projet:

- 1) les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles.*
- 2) À moins qu'il n'en soit convenu autrement, les parties sont réputées s'être tacitement référées à tout usage dont elles avaient connaissance ou qu'elles avaient des raisons de connaître 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.*[43]

Pendant la Conférence de Vienne, les pays socialistes ont tenté d'établir la supériorité de la Convention sur les usages du commerce international. À cet égard, la Tchécoslovaquie a proposé d'ajouter à la fin de l'article 9 (2) les mots suivants: «*provided the usage is not contrary to this Convention*»[44]. De même, la délégation chinoise suggérait de limiter l'application des usages à ceux qui sont raisonnables[45]. Cette proposition a été supportée par les pays socialistes; cependant, la délégation du Pakistan a constaté que «[l]'existence même d'un usage implique la reconnaissance de son caractère raisonnable»[46].

Le seul amendement qui a été adopté à la Conférence de Vienne est celui proposé par les États-Unis[47].

Par conséquent, l'article 9 exacerbe les incertitudes déjà existantes sous la L.U.V.I. puisque:

„ comme l'article 9 de la L.U.V.I., il affirme la supériorité des usages du commerce international mais le fait de façon implicite;

„ même s'il remplace le critère objectif relatif à l'application implicite des usages par un critère subjectif selon lequel les parties sont réputées s'être tacitement référées à tout usage dont elles «avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance», il ne reste pas moins que la mise en oeuvre de ce dernier soulève des difficultés considérables.

1. La supériorité accordée aux usages du commerce international

Même si la C.V.I.M. n'a pas expressément affirmé la priorité qu'elle donne aux usages du commerce international, cette idée est sous-entendue. Dans le Commentaire du Secrétariat de la CNUDCI relatif à l'article 9, on peut lire:

Étant donné que les usages lient les parties parce que celles-ci sont réputées s'y être expressément ou tacitement référées dans le contrat, ils seront appliqués de préférence à des dispositions de la Convention contraires à ces usages, en vertu du principe de la liberté contractuelle. Par conséquent, le paragraphe 2 de l'article 9 de la L.U.V.I., selon lequel, en cas de contradiction entre un usage applicable et la loi uniforme, cet usage l'emporte, sauf volonté contraire des parties, est inutile et [...] supprimé.[48]

Ainsi, même si la suprématie de l'usage sur les dispositions conventionnelles se justifie par le caractère dispositif de la C.V.I.M., il n'en reste pas moins qu'il faut prendre en considération le caractère spécial de la loi uniforme. Si, sur le plan national, la primauté des usages commerciaux sur la loi non impérative a été pleinement justifiée, il est discutable qu'on retienne la même solution quant au droit conventionnel. En effet, dans le commerce international, il y a des forts et des faibles. Par la partie la plus forte, on n'entend pas toujours que cette partie soit la plus forte au niveau économique, puisque la comparaison des forces financières n'est pas nécessairement décisive; néanmoins dans la majorité des cas, cette supériorité découle du moyen financier dont la partie dispose. La supériorité en question peut toutefois être aussi bien intellectuelle que psychologique, sociale, structurelle ou organisationnelle.

La subordination de la C.V.I.M. aux usages commerciaux peut aboutir à une situation où la partie la plus forte imposerait toujours sa volonté à la partie plus faible. Déjà, à propos de la Loi uniforme de 1964, Denis Tallon écrivait:

On peut regretter la trop grande timidité de cadres impératifs et poser quelques limites fondamentales au libre jeu de clauses et d'usages qui, pour être l'expression de la pratique, n'en possèdent pas moins parfois un caractère léonin [...]. Il suffit, pour s'en convaincre, de comparer les clauses relatives à la garantie qui figurent dans les contrats-types que certaines entreprises puissantes imposent à leur fournisseurs et à leurs clients. [\[49\]](#)

Les quelques remarques de Tallon n'ont pas perdu de leur actualité puisque la même chose peut être répétée dans le cas de la C.V.I.M. En effet, la C.V.I.M. donne la priorité à n'importe quel usage, aussi bien celui qui est juste et équitable que celui qui est abusif, frauduleux et injuste. La solution de la C.V.I.M. nous surprend d'autant plus que cette convention fait partie intégrante des règles qui veulent établir un nouvel ordre économique. Par conséquent, pour mener à bien la mission d'instaurer le nouveau droit du commerce international, afin d'assurer l'équilibre entre l'exercice de l'autonomie de la volonté et le respect de la justice contractuelle, une solution s'impose. Il faut sérieusement réexaminer la subordination de la C.V.I.M. aux usages commerciaux. Cette démarche s'impose d'autant plus que la C.I.V.M. constitue une loi «neutre» en ce sens que son application n'avantage ni l'acheteur, ni le vendeur. De plus, ses dispositions reproduisent les usages appliqués et les pratiques commerciales généralement suivies et bien reconnues par les milieux du commerce international.

Il convient néanmoins de constater que dans quelques années, la C.V.I.M. vieillira et elle ne pourra plus refléter les usages commerciaux qui évoluent constamment. Cependant, on peut remédier à cette situation, par exemple en soumettant la subordination des dispositions conventionnelles par rapport aux usages commerciaux au principe de la bonne foi. Cette solution prendra en considération le fait que trop de rigidité risque de paralyser le commerce international mais que cette paralysie peut résulter également, et peut-être plus dangereusement, de l'exercice abusif de la liberté contractuelle.

Cependant, la C.V.I.M. abandonne aux lois nationales le contrôle du contenu moral de l'usage commercial. Ainsi, le paragraphe a de l'article 4 de la C.V.I.M. prévoit que: «la validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages» n'est pas régie par la Convention [\[50\]](#). Cette disposition constitue un échappatoire par rapport à l'article 9 [\[51\]](#). En effet, on laisse aux tribunaux nationaux la possibilité de déclarer un usage non valide. Or, cette question est cruciale pour les pays du Tiers monde car selon Mezghani, «l'acheteur ressortissant d'un pays du Tiers monde se trouve dans une situation analogue à celle du consommateur» [\[52\]](#).

Ainsi, on se demande dans quelle mesure les tribunaux de pays développés vont-ils prendre en

considération le fait que les pays en voie de développement se distinguent des autres intervenants sur le marché mondial par l'inégalité des connaissances et des ressources, et par leur faible pouvoir de négociation. À cet égard, il semble intéressant de mentionner que même le *Code du commerce uniforme* des États-Unis semble mal équipé pour combattre les usages frauduleux et abusifs[53].

Deuxièmement, il n'y a pas de doute que les tribunaux nationaux vont avoir recours à l'article 4 lorsque les usages commerciaux seront contraires à la loi impérative de l'État contractant. Or, les règles impératives sont fixées de façon différente dans chaque pays. Leur contenu dépendra donc des facteurs moraux, politiques, économiques et historiques. Ainsi, l'article 4 constitue un échappatoire, mais introduit aussi l'insécurité dans les rapports entre les parties à un contrat international. À cet égard, il convient de signaler que, par exemple, les impératifs du Coran peuvent surprendre nombre de commerçants[54].

2. La connaissance des usages par les parties à un contrat de vente internationale de marchandises

L'article 9 (2) déclare:

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.

Toutefois, la mise en application du critère subjectif contenu dans l'article 9 suscite des difficultés. En effet, la C.V.I.M. ne fournit aucune indication quant à la façon de déterminer qui «auraient dû avoir connaissance». Selon Barbic, il faut assimiler le critère subjectif au critère objectif relatif à la personne raisonnable afin de déterminer si la partie en question «aurait dû avoir connaissance» de l'usage[55].

Le raisonnement de Barbic ne manque pas de force. Ici, il est utile de rappeler la différence entre les expressions «avaient connaissance» et «auraient dû avoir connaissance», laquelle correspond à la distinction que l'on fait de la connaissance réelle et de la connaissance présumée. Ainsi, la connaissance réelle est celle qu'une personne a effectivement ou qu'elle aurait eue si elle n'avait pas volontairement refusé de tenir compte d'un fait évident, tandis que la connaissance présumée est la connaissance que cette personne aurait dû avoir si elle s'était donnée la peine de recueillir les renseignements nécessaires, comme l'aurait fait une personne raisonnable et prudente à sa place.

Toutefois, il ne faut pas oublier que la notion de «personne raisonnable» a été condamnée par les rédacteurs de la C.V.I.M. pour être vague et imprécise[56]. Abandonnée par les auteurs de la C.V.I.M., renaîtrait-elle néanmoins? En d'autres termes, l'article 9 (2) maintient-il tacitement la notion antérieure, à savoir celle de la personne raisonnable? On ne peut pas exclure cette possibilité.

Quoi qu'il en soit, le problème que pose la détermination de la connaissance d'un usage par une partie subsiste. Comme on l'a déjà souligné, l'article 9 (2) s'inspire beaucoup de la loi américaine en la matière. En effet, on retrouve le même critère relatif à la connaissance de l'usage tout d'abord dans la section 1-205 (3) du *Code du commerce uniforme* des États-Unis laquelle prévoit:

A course of dealing between parties and any usage of trade in the vocation or trade in which they are engaged or of which they are or should be aware give particular meaning to and supplement or qualify terms of an agreement [Nous avons souligné].

Ensuite, dans «The Restatement (Second) of Contracts», paragraphe 248 (1973):

Unless otherwise agreed, a usage of trade in the vocation or trade in which the parties are engaged or a usage of trade of which they know or have reason to know gives meaning to or supplements or qualifies their agreement [Nous avons souligné].

L'expérience américaine relative à L'application du critère objectif est significative. Comme l'a remarqué Warren:

These cases often involve jury verdicts that are difficult to review, and even more difficult to harmonize. The policy considerations that inhere in determining who «ought to know» of trade usage are diverse, and the Code and Restatement provide only the vaguest outlines of how a court might determine who «ought to know». [57]

Ainsi, la jurisprudence américaine est fortement décourageante à cet effet. L'absence d'une présomption permettant d'établir clairement et une fois pour toutes quels faits impliquent qu'on impute à la partie la connaissance d'un usage entraîne l'insécurité et l'incertitude sur le plan des relations contractuelles. En effet, le juge ou le jury règle chaque cas d'après ses circonstances particulières. Il est donc impossible de prévoir l'issue d'un litige avant que le tribunal ne se soit prononcé. Cette situation est non seulement préjudiciable du point de vue juridique, mais aussi sur le plan économique. Il nous paraît nécessaire d'indiquer les principales tendances des tribunaux américains en la matière. Selon la jurisprudence minoritaire, le fait que les parties soient dans le domaine des affaires était suffisant pour constater l'application d'un usage. Dans l'arrêt *Peskin v. Squires* [58], le tribunal s'est ainsi exprimé:

the rule is well established that a custom prevailing in a given industry is binding upon those engaged therein though there be no specific proof of knowledge on the part of the particular party to the litigation. [59]

Cependant, dans la majorité des cas, le fait que les parties soient «in the trade» ne constitue qu'un indice, un facteur dont les tribunaux tiennent compte, sans toutefois lui donner un caractère de présomption *juris et de jure*. Ainsi, dans l'arrêt *Smith v. Smith* [60], le fait que les parties aient été depuis longtemps dans le domaine des affaires n'a pas été considéré comme décisif à la détermination de la connaissance des parties de l'application d'un usage.

En troisième lieu, dans certains cas, les tribunaux ont complètement ignoré le fait que les parties soient «in the trade» et ils ont fait appel à d'autres circonstances pour déterminer si les parties «auraient dû avoir connaissance de l'usage» [61].

En dernier lieu, même lorsque la partie est dans le domaine des affaires, si elle ne l'est que depuis peu de temps, les tribunaux l'exempteraient de la connaissance de l'usage [62]. Si au niveau national le critère subjectif suscite des difficultés, *a fortiori* ceci deviendra encore plus évident sur le plan international. En effet, on peut s'inquiéter que le critère subjectif relatif à la personne qui aurait dû avoir connaissance de

l'usage ne sera que la répétition de l'expérience américaine. Dans chaque État contractant, les tribunaux vont procéder de façon différente afin de déterminer la connaissance de l'usage par les parties. Cette solution aura pour effet de détruire l'uniformité des solutions pour introduire l'incertitude dans les rapports internationaux. Prévoir que la partie «aurait dû avoir connaissance» sans préciser les faits dont on pourrait tirer cette conclusion ne constitue pas un progrès par rapport à l'article 9 de la L.U.V.I., lequel fait référence à la personne raisonnable.

Or, on pourrait remédier à cette insuffisance, par exemple en établissant une présomption irréfutable à cet égard. Comme l'a dit Geny:

l'évidence est chose extrêmement rare, sinon inouïe dans l'ordre des valeurs, que représente la mise en oeuvre pratique de la justice. Et, comme celle-ci, qui tend à l'ordre, ne peut procéder que sur des bases fermes, elle devra se les constituer elle-même par le moyen du probable et du plausible.^[63]

Ainsi, on pourrait considérer que lorsque les parties sont des commerçants dans un domaine donné, profession qu'elles exercent depuis longtemps, la probabilité qu'elles «auraient dû avoir connaissance» d'un usage donné est érigée en une certitude qui ne correspond pas nécessairement toujours à la réalité^[64]. Ne serait-il pas plus pratique d'appliquer cette présomption également aux nouveaux venus dans le commerce en cause? La réponse n'est pas facile puisque dans le cas où on applique l'usage à toute personne ayant la qualité de commerçant dans le domaine précis, sans distinguer si elle est un «profane» ou si elle appartient au monde des «professionnels des affaires» les avantages sont nombreux. Tout d'abord, d'après Warren, l'application inflexible des usages commerciaux réduira les coûts d'une transaction^[65]. Ainsi, en encourageant l'utilisation extensive des usages, on permettra aux parties à un contrat ordinaire de contracter sans avoir recours aux juristes, de réduire la probabilité d'un litige et de limiter le risque associé aux décisions défavorables dues aux litiges. Cependant, non seulement d'un point de vue économique l'application inflexible des usages s'avère avantageuse, mais aussi elle permettra de parvenir à une uniformité des solutions. D'un point de vue juridique, 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.

Cependant, l'application inflexible des usages bénéficie aux professionnels des affaires. Quant aux nouveaux venus, elle ne leur accorde pas de traitement privilégié mais les encourage à apprendre les usages commerciaux rapidement. À cet égard, le commentaire de la C.C.I. souligne que: «L'essence de toute règle accordant de l'importance aux usages devrait être que le nouveau-venu dans le commerce en cause ne peut invoquer son ignorance des usages pour sa défense»^[66]. On peut dire également que de nos jours, il est de plus en plus difficile de reconnaître un nouveau-venu dans le commerce international.

Cependant, bien que l'idée d'élargir cette présomption aux nouveaux venus dans le commerce international est fort séduisante, il n'en demeure pas moins qu'en général, elle met la partie la plus faible dans une position désavantageuse.

Il semble donc que le moment n'est pas encore venu d'abattre la frontière entre le professionnel et le nouveau venu. D'ailleurs, ce moment ne viendra pas aussi longtemps que certains pays du Tiers monde resteront aussi vulnérables qu'autrefois les consommateurs. Pour cette raison, on maintiendrait la première proposition, ce qui permettrait au moins de simplifier les rapports entre les professionnels du commerce international, donc entre «*established businessmen*».

B. Les critiques relatives à l'article 9 (2) de la C.V.I.M.

En dehors des critiques qui s'adressent aussi bien à la L.U.V.I. qu'à la C.V.I.M. en la matière, on peut reprocher à cette dernière d'introduire des changements dont l'opportunité est loin de s'imposer et dont les justifications sont difficiles à trouver. Tout d'abord, la Convention n'arrive pas à résoudre le conflit entre l'usage international et l'usage local. On se demande aussi ce que signifie le deuxième critère objectif établi par l'article 9 (2), lequel exige que l'usage soit «régulièrement observé» afin d'être applicable à un contrat de vente internationale de marchandises. De plus, la C.V.I.M. a supprimé l'article 9(3) de la L.U.V.I. relatif à l'interprétation des termes commerciaux. On examinera successivement ces questions.

1. L'usage international versus l'usage local

La C.V.I.M. parvient-elle à éviter le conflit entre divers usages? Afin de répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner le critère objectif qui a été adopté par la Convention de Vienne à cet égard. Selon l'article 9 (2), l'usage doit être «largement connu dans le commerce international» pour qu'il soit considéré comme applicable. Cependant, la relativité de ce critère est évidente. À ce stade, nous ne pouvons que répéter les questions de Jaksa Barbic:

Est-ce que les exigences posées par la Convention laissent la place à l'application tacite des usages nationaux? Que signifie au fond qu'un usage est largement connu dans le commerce international? Quel critère devra être appliqué pour juger si un usage est largement connu? Est-ce qu'il est nécessaire que l'usage soit universellement connu ou est-il suffisant qu'il soit largement connu dans le commerce international d'une région donnée du monde?^[67]

On constate donc que la formule de l'article 9 (2) laisse de nombreuses questions en suspens. Surtout, la réponse des pays en développement peut différer de celle des pays à économie de marché puisque la formule de l'article 9 (2) peut leur fournir une justification de non-application d'un usage originaire des pays développés.

On remarque aussi que nonobstant le fait que l'article 9 (2) exige que l'usage soit «largement connu dans le commerce international», le deuxième critère objectif du même article permet l'application des usages spéciaux, l'usage «régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée». S'agit-il ici d'une reconnaissance des usages locaux? La réponse semble être positive.

À ce sujet, le Commentaire du Secrétariat de la C.N.U.D.C.I. nous apporte un certain nombre d'éclaircissements, lorsqu'il déclare que malgré l'exigence énoncée par l'article 9 (2), la C.V.I.M. tient compte aussi «d'un usage limité à un certain produit, à une région donnée ou à un groupe de partenaires commerciaux»^[68]. Par ailleurs, les usages locaux peuvent être «largement connus dans le commerce international», car il ne faut pas oublier que

once a custom has arisen because of the specialized need of trade in a particular locality, it seems highly probable that given the continuance of this industry the custom will also continue.^[69]

Cependant, on se demande ce qui se passera lorsqu'un usage local ne remplira pas la première condition de l'article 9 (2), à savoir qu'il n'est pas largement connu dans le commerce international. On peut tout d'abord imaginer le cas où il n'existera pas d'usage international, ou encore celui dans lequel „ vu les circonstances „ seul l'usage local est approprié. Ainsi, en vertu de l'article 9 (2), le tribunal saisi devra rejeter l'application dudit usage. Logiquement, le juge devra constater qu'il s'agit là d'une lacune de la C.V.I.M. et chercher la réponse au moyen des règles de conflit de lois. Allons plus loin encore: supposons que la règle de conflit indique l'application du droit matériel d'un État A, lequel permettrait la mise en oeuvre de l'usage local antérieurement rejeté par la Convention. Il résulte que l'article 9 (2) pourrait conduire à des résultats surprenants, tant pour le tribunal saisi que pour les parties à un contrat de vente internationale de marchandises.

En second lieu, cette disposition peut également engendrer un conflit entre divers usages. Supposons que l'usage international et l'usage local, tous les deux bien connus dans le commerce international, soient contradictoires[70]. Dans l'hypothèse où l'acheteur suit l'usage universel et le vendeur l'usage local, la Convention ne donne aucune indication au juge quant à la façon dont il doit régler cette question.

Même si l'établissement d'une règle donnant priorité aux usages internationaux au détriment des usages nationaux ou locaux soulève trop de difficultés, il ne reste pas moins que la Convention aurait pu être plus précise. Elle pouvait, par exemple: *«have adopted a principle of efficiency for transaction of similar kind. Alternatively, it might have stated that whichever side could more cheaply accommodate the other's usage must do so»*[71].

Enfin, le rapport entre l'article 9 (2) et de nombreuses dispositions dans lesquelles la Convention s'en remet aux usages n'est pas clair. À titre d'exemple, prenons l'article 32 (2), prévoyant que dans le cas où le vendeur est responsable du transport de marchandises: «[i]l doit conclure les contrats nécessaires pour que le transport soit effectué jusqu'au lieu prévu, par les moyens de transport appropriés aux circonstances et selon les conditions usuelles pour un tel transport». Supposons que le vendeur suive dans un tel cas l'usage régional ou l'usage local. Cet usage doit-il remplir les trois conditions mentionnées par l'article 9 (2) pour être considéré comme applicable dans le cas d'espèce? Pour compliquer le problème, il ne faut pas oublier que selon l'article 1 de la Convention, nous sommes en présence d'une vente internationale lorsque les parties ont leur établissement dans des États différents, ce qui implique qu'il n'est pas nécessaire que la chose se déplace au-dessus des frontières: elle peut être seulement transportée d'une ville à l'autre à l'intérieur d'un même État. Or, il est indispensable de répondre à ces questions si l'on espère donner une certaine uniformité à la Convention de Vienne.

2. L'usage «régulièrement observé»

Le deuxième critère objectif exige que l'usage soit «régulièrement observé». Cependant, la Convention ne spécifie guère à quel moment l'usage peut être considéré comme «régulièrement observé». À cet égard, le professeur Honnold a écrit:

We have discussed the inapplicability of the view that custom, invoked as regulatory law, must be «ancient» or of «long standing». Under Article 9 (2), the usage must have been «regularly observed» for a period of time that would justify the conclusion that the parties «knew or ought to have known» of it.[72]

Ici, une remarque s'impose. Le professeur Honnold nous présente la position de la loi américaine relative à la formule «*regularly observed*» ce qui introduit une certaine confusion. La section 1-205(2) du *Code de commerce uniforme* des États-Unis prévoit: «*A usage of trade is any practice or method of dealing having such regularity of observance in place, vocation or trade as to justify an expectation that will be observed with respect to the transaction in question*». On remarque que le mot «*observance*» est relié à celui d'«*expectancy*». Ainsi, le critère objectif se confond avec le critère subjectif. Cependant, l'article 9 (2) de la C.V.I.M. n'est pas une copie fidèle du *Code de commerce uniforme* des États-Unis, même si la ressemblance est parfois frappante.

Les rédacteurs de la Convention ont souligné que pour vérifier si l'usage est régulièrement observé il faut utiliser le critère objectif. À notre avis, il faut donc se fonder sur les faits et la question de la connaissance dudit usage par l'une des parties n'est pas pertinente[73]. C'est la fréquence avec laquelle l'usage est appliqué qui nous indique s'il est «régulièrement observé».

Le vrai problème posé par la formule exigeant que l'usage soit «régulièrement observé par les parties à des contrats de même type» réside tout d'abord dans l'absence de précision sur le moment où l'usage devient «régulièrement observé». Ainsi, les nouveautés commerciales amenées par le développement technologique doivent attendre avant d'obtenir la qualité d'usage[74].

À cet égard, il est intéressant de noter que selon le commentaire de la section 1-205(2) du *Code de commerce uniforme* des États-Unis: «*[f]ull recognition is thus available for new usages and for usages currently observed by the great majority of decent dealers, even though dissidents ready to cut corners do not agree*»[75].

Ce que fait Carroll lorsqu'il affirme:

[h]ow a usage could be «new» if it has been previously applied. Note that the term «new» cannot be interpreted as recent, because «new usages» is used in conjunction with the language referring to usage «currently observed» by decent dealers.[76]

En second lieu, cela peut conduire à un conflit entre l'usage dit traditionnel, suivi depuis longtemps, et l'usage «qui vient de naître» mais qui est assez concrétisé dans les faits pour que la loi l'absorbe et le consacre. Après tout: «*[t]he antiquity of a practice may indicate that it satisfy the general need of the community without undue hardship to any individuals. It may, however, only indicate apathy to a socially undesirable practice*»[77].

Par conséquent, si les pays en voie de développement veulent devenir des partenaires à part égale avec des pays à économie de marché, ils devront changer les usages qui sont mal appropriés à leurs besoins ou au moins essayer de le faire, ce qui sous la Convention de 1980 constituera une tâche extrêmement difficile.

3. L'interprétation des termes commerciaux

La Convention ne contient aucune disposition semblable à l'article 9(3) de la L.U.V.I., selon laquelle:

En cas d'emploi de termes, clauses ou formulaires usités dans le commerce, leur interprétation se

fait selon le sens que les milieux commerciaux intéressés acceptent largement et ont l'habitude de leur attacher, sauf volonté contraire des parties.

La suppression de cette disposition fait objet de vives critiques, notamment de la part de la Chambre de Commerce Internationale qui a souligné:

Les problèmes liés à l'interprétation des termes commerciaux ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux qui ont trait à l'importance des usages. En tout cas, il doit être précisé, que l'interprétation d'un terme commercial comme fob ou caf ne doit pas être faite au moyen des dispositions de la Convention ni d'une définition d'un droit national indiqué par les règles du droit international privé, mais en se référant essentiellement aux normes internationales d'interprétation.[\[78\]](#)

Pour éviter ce genre de problèmes relatifs à l'interprétation des termes, des clauses et des formulaires commerciaux, il semble nécessaire de se référer à l'ancien article 9 (3) de la L.U.V.I. L'oeuvre des organisations professionnelles comme la Chambre de Commerce Internationale en la matière mérite une reconnaissance expresse. Il faut donc regretter la suppression de cette disposition par la C.V.I.M.

CONCLUSION

L'usage „ règle de droit suppose une incompatibilité radicale avec le droit conventionnel d'origine internationale. On serait donc mal venu de parler de normativité des usages commerciaux à propos de la réglementation uniforme. Aussi souscrivons-nous pleinement à l'opinion de Kassis qui écrivait à ce sujet:

Il est vain d'aller chercher la règle de droit là où elle ne se trouve pas. Et ce qui importe pour le juriste et pour le juge, c'est de trouver dans l'arsenal juridique les concepts et les outils qui leur permettent de résoudre d'une manière adéquate les problèmes qui se posent à eux, plutôt que de courir après le mirage des théories spectaculaires mais infirmées par la réalité.[\[79\]](#)

Quant à l'apport novateur de la C.V.I.M. par rapport aux Lois Uniformes de 1964 en la matière, il est plus que modeste. En effet, toute la faiblesse de l'article 9 de la C.V.I.M. comme autrefois celle de l'article 9 de la L.U.V.I. découle de son manque de choix et de ses nombreuses contradictions. Ni la C.V.I.M. ni la L.U.V.I. n'arrivent à résoudre le conflit entre usage local et international, entre l'usage qui vient de se créer et l'usage déjà en vigueur depuis longtemps. Ni l'une ni l'autre n'établissent un critère clair relatif à la connaissance des usages par les parties, et aucune des deux n'élimine la suprématie des usages sur les dispositions conventionnelles.

Par ailleurs, la suppression de la disposition de la L.U.V.I. relative à l'interprétation des termes commerciaux par la C.V.I.M. ne contribue guère à l'uniformité des solutions[\[80\]](#). Cependant, s'il ne faut pas exagérer la faiblesse de la C.V.I.M., il convient aussi de ne pas méconnaître les conséquences pratiques résultant de ses imprécisions. Et l'antidote consisterait à confier à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.) la tâche de veiller sur l'application et l'interprétation uniforme de la Convention. Sur ce point, on peut se réjouir de l'initiative de la C.N.U.D.C.I. à cet égard[\[81\]](#) et espérer que dans un proche avenir la C.N.U.D.C.I. arrivera à dissiper toute l'incertitude et à préciser la notion d'usage commercial au niveau international.

[1]

Professeur, Faculté de droit, Université McGill.

[2] La nouvelle Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après citée: «C.V.I.M.») remplace les Lois Uniformes de 1964 (ci-après citées: «L.U.V.I et L.U.F.V.I.»). Sur l'historique de la question voir Massimo PILOTTI, «L'activité de l'Institut international pour l'unification du droit privé (1926-1946)», (1926-1946) *L'unification du droit* 14; John HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer, Pays-Bas, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982; André TUNC, «*Les conventions de La Haye du 1er juillet 1964 portant Loi Uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels*», (1964) *R.I.D. Comp.* 547; E. VON CAEMMERER, «Die Haager Konferenz über die internationale vereinheitlichung des kaufrecht vom 2 bis 25 april 1964», (1965) 29 *Rabels Z.* 199.

[3] Les Lois Uniformes de 1964 sont entrées en vigueur en 1972, ratifiées par les États suivants: République Fédérale d'Allemagne, Belgique, Gambie, Italie, Israël, Luxembourg, Pays-Bas et Royaume-Uni. La critique la plus venimeuse des Lois Uniformes: Harold Joseph BERMAN, «The Uniform Law on International Sale of Goods: A Constructive Critique», (1965) 30 *Law and Contemporary Problems* 354. Pour la comparaison des Lois Uniformes de 1964 et de la C.V.I.M., voir Muna NDULO, «The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sales of Goods 1964: A Comparative Analyses», (1989) 38 *I.C.L.Q.* 1.

[4] Philippe KAHN, «La *lex mercatoria*: point de vue français après quarante ans de controverses», (1992) 37, 2 *R.D. McGill* 413; Jacques BÉGUIN, «Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international», (1984-85) 30 *R.D. McGill* 479, 479-484; Paul LAGARDE, «Approche critique de la *lex mercatoria*», dans Philippe FOUCHARD, Philippe KAHN et Antoine LYON-CAEN (dir.), *Le droit des relations économiques internationales: Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Librairies techniques, 1982, p. 125; Berthold GOLDMAN, «Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*: l'affaire Norsolor», (1983) *Rev. arb.* 379.

[5] Son succès est assuré grâce à des ratifications d'origines variées, mais découle essentiellement du fait que les États commercialement importants ont ratifié la C.V.I.M.: États-Unis d'Amérique, Allemagne, Canada, Chine, France, Argentine, Espagne, Italie, Pays-Bas, Russie, Suède, Suisse, etc. Nombreux sont les ouvrages qui ont été consacrés à la C.V.I.M. Voir John HONNOLD, «Bibliography; Unification of Trade Law and UNCITRAL», (1979) 27 *Am.J.Comp.L.* 212; Peter WINSHIP, «A Bibliography of Commentaries on the United Nations International Sales Convention», (1987) 21 *Int'l.Law* 585. Aussi «Bibliography of Recent Writings Related to the Work of UNCITRAL: note by the Secretariat (A/CN.9/354)», reproduit dans UNCITRAL, 21, *UNCITRAL Annual*, 1990, p. 319.

[6] Berthold GOLDMAN, «La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives», (1979) 106 *J.D.I.* 475, 501 et 502.

[7]Philippe KAHN, «Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*, concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?», dans P. FOUCHARD, P. KAHN et A. LYON-CAEN (dir.), *op. cit.*, note 3, p. 97, à la page 100.

[8]Antoine KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce: Droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 578.

[9]Philippe FOUCHARD, «Les usages, l'arbitre et le juge», dans P. FOUCHARD, P. KAHN et A. LYON-CAEN (dir.), *op. cit.*, note 3, p. 67. De même, la Chambre de Commerce et d'Industrie affirme: «La Convention de Vienne [...] transforme la nature juridique [des usages]. Dans ces conditions l'usage ne peut plus être traité comme un fait, il devient une règle de droit». «Le nouveau droit de la vente internationale de marchandises, Convention de Vienne 11 avril 1980», dans CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS, *Marchés Internationaux*, vol. août-septembre, Paris, Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, à la page 61.

[10]Harold Joseph BERMAN et Colin KAUFMAN, «The law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)», (1978) 19 *Harv. Int'l L.J.* 221.

[11]

A. KASSIS, *op. cit.*, note 7, p. 104.

[12]Toutefois, M. Fouchard semble oublier cette distinction, lorsqu'il écrit: «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»: P. FOUCHARD, *loc. cit.*, note 8, 68.

[13]Jean ESCARRA, *Cours de droit commercial*, Paris, Sirey, 1952, p. 43.

[14]A. KASSIS, *op. cit.*, note 7, p. 107.

[15]«Le commentaire de la Commission spéciale de la Conférence de la Haye relatif au troisième projet de Loi Uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels (1956)», dans *Actes et documents de la Conférence Diplomatique sur l'Unification du Droit en matière de vente internationale. La Haye, 2-25 avril 1964*, t. 1, La Haye, Imprimerie Nationale, 1966, à la page 50.

[16]J. ESCARRA, *op. cit.*, note 12, p. 45.

[17] Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Actes de la Conférence convoquée par le gouvernement royal des Pays-Bas, sur un projet de convention relatif à une Loi Uniforme sur la vente d'objets mobiliers corporels*, La Haye, 1er 10 novembre 1951, Rome, Éditions Unidroit, 1952, pp. 214 et 215.

[18] Federico DE CASTRO Y BRAVO, «Les usages dans le projet de la Loi Uniforme sur la vente internationale», dans UNIVERSITÉ DE TOULOUSE, FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES, *Mélanges offerts à Jacques Maury*, vol. 2, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, à la page 92.

[19] François GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., t. 1, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 423.

[20] «Rapport du Secrétaire général: questions non réglées concernant le texte révisé d'une loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels» (A/CN.9/100, annexe III), reproduit dans COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (ci-après citée: «CNUDCI»), 6 *Annuaire de la CNUDCI*, 1975, 103, no 54.

[21] Stephen BAINBRIDGE, «Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Conventions», (1984) 24 *V.J. Int'l L.* 653.

[22] J. HONNOLD, *op. cit.*, note 1, no 114, p. 145.

[23] Heikki JOKELA, «The Role of Usages in The Uniform Law on International Sales», (1966) 10 *Scandinavian Studies in Law* 81, 96; K. KARLGREN, «Usages and Statute Law», (1961) 5 *Scandinavian Studies in Law* 39.

[24] H. JOKELA, *loc. cit.*, note 22, 91.

[25] H. JOKELA, *id.*, 92.

[26] A. KASSIS, *op. cit.*, note 7, p. 216.

[27] François GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, L.G.D.J., 1919, p. 40.

[28] A. KASSIS, *op. cit.*, note 7, p. 213.

[29] Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 249.

[30] CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS, *op. cit.*, note 8, à la page 60.

[31] H.J. BERMAN et C. KAUFMAN, *loc. cit.*, note 9.

[32] André TUNC, «Le commentaire relatif aux Conventions du 1er juillet 1964 portant Loi Uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et Loi Uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels», dans *Actes et documents de la Conférence Diplomatique sur l'Unification du Droit en matière de vente internationale. La Haye, 2-25 avril 1964*, *op. cit.*, note 14, p. 362.

[33] Sur ce point voir mon article: Dr. Alina KACZOROWSKA, «Règles uniformes d'interprétation d'un contrat international», (1991) 68 *R.D.I.D. Comp.* 294.

[34] (A/CN.9/142, 6 janvier 1978), reproduit dans CNUDCI, *Annuaire de la CNUDCI*, vol. 9, 1978, p. 72.

[35] Gyula EÖRSI, «General Provisions», dans PARKER SCHOOL OF FOREIGN AND COMPARATIVE LAW, COLUMBIA UNIVERSITY, *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, M. Bender, 1984, p. 2-1, à la page 2-18.

[36] Sur cette question voir Peter WINSHIP, «Domesticating International Commercial Law: Revising U.C.C. Article 2 in light of the United Nations Sales Convention», (1991) 37 *Loyola Law Review* 43.

[37] Isaak J. DORE et James E. DEFRANCO, «A Comparison of the Non-substantive Provisions of the UNCITRAL Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code», (1982) 23 *Harv. Int'l L.J.* 49, 57 (italiques omises).

[38] Allan FARNSWORTH, «Unification of Sales Law: Usage and Course of Dealing», dans *Unification et le droit comparé dans la théorie et la pratique, Contributions en l'honneur de Jean Georges Sauveplanne*, Deventer, Pays-Bas, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. 82.

[39] Allan FARNSWORTH, «Developing International Trade Law», (1979) 9 *Cal. W.L.J.* 461, 465-466; S.G. ZWART, «The New International Law of Sales: A Marriage between Socialist, Third World, Common, and Civil Law Principles», (1988) 13 *North Carolina J. Int'l L.C. Reg.* 109.

[40] A/CN.9/1/add 1, p. 28.

[41] A.H. KASTELY, «Unification and Community: A Rhetorical Analysis of the United Nations Sales Convention», (1988) 8 *Nw J.I.L. Bus.* 611.

[42] «Official Records of the United Nations Conference on contract for the International Sale of Goods», U.N. Doc.A/Conf.97/19 reproduit dans XV/1980, p. 266 (ci-après cité: «Official Records»).

[43] «Commentaire relatif au projet de convention sur la vente internationale des marchandises (A/CN.9/116, annexe II)», reproduit dans CNUDCI, 7 *Annuaire*, 1976, pp. 99 à la page 104.

[44] «Official Records», précité, note 41, p. 89. Cette proposition a été appuyée par les pays socialistes, *id.*, pp. 263 et 264.

[45] Selon la proposition chinoise, l'usage raisonnable est celui «established with the consent of all people», *id.*, p. 263.

[46] *Id.*

[47] On a ajouté les mots: «pour sa formation» après les mots «dans le contrat» à l'alinéa 2 de l'article 9, *id.*, pp. 262 et 269.

[48] CNUDCI, *op. cit.*, note 42.

[49] Denis TALLON, «Le droit de la vente mobilière dans le cadre du code de commerce uniforme des États-Unis», dans *Mélanges Pierre Voirin*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 803.

[50] L'introduction de cette disposition est due à la proposition de la Norvège: A/CN.9/SER. A/1977, p. 121.

[51] Sur cette question: E. Allan FARNSWORTH, «Review of Standard Forms or Terms Under the Vienna Convention», (1988) 21 *Cornell Int'l L.J.* 439, 441.

[52] Ali MEZGHANI, *Le cadre juridique des relations commerciales de la Tunisie*, Tunis, Imprimerie Officielle de la République Tunisienne, 1981, p. 146.

[53] Jim C. CHEN, «Code, Custom, and Contract: The Uniform Commercial Code as Law Merchant», (1992) 27 *Texas I.L.J.* 91, 128-134.

[54] Par exemple, la détermination des taux d'intérêt est interdite.

[55] Jaksa BARBIC a dit: «In assessing when it should be considered that the parties ought to have known the usage, it should be deemed that this subjective requirement is met if reasonable persons in the same situation as the parties usually consider a usage to be applicable to their contract. This is in fact an objective criterion taken from ULIS which is based on the average conduct of persons within a particular trade, so that by this very fact it is a criterion decisive for determining when it should be concluded that the parties ought to have known the usage», dans «Uniform Law on the International Sale of Goods, Uniform Law of the formation of contracts for the international Sale of Goods (1964) and United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980), C.C.A. VOSKUIL et J.A. WADE (dir.), *Hague-Zagreb Essays 4 on the Law of International Trade*, Dordrecht, Pays-Bas, M. Nijhoff, 1983, p. 3, à la page 12.

[56] «Official Records» , précité, note 41, p. 264.

[57] Elizabeth WARREN, «Trade Usage and Parties in the Trade: An Economic Rationale for an Inflexible Rule», (1981) 42 *University of Pittsburgh Law Review* 515, 523.

[58] *Peskin v. Squire*, 156 Cal. App. 2d 240, (1957).

[59] *Id.*, 248.

[60] 234 S.W. 419 (Tex. Civ. App. 1921).

[61] Parfois, comme dans l'affaire *Wright Manufacturing Corporation v. Scott*, 360 N.E. 2d (Ind. App. 1977) la connaissance réelle doit être prouvée. À cet égard, le tribunal a déclaré: «Scott failed to prove the trade practice [...] was known by Wright», *id.*, 10. Voir aussi E. WARREN, *loc. cit.*, note 56, 527.

[62] *Flower Painting Contractors, Inc v. Gumina Construction co.*, 591 F.2d 162 (2d Civ. 1979).

[63] François GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 3, Paris, Sirey, 1921, p. 273.

[64] Paul FORIERS, «Présomption et fiction», dans Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1974, p. 9.

[65]E. WARREN, *loc. cit.*, note 56, 544 et 545.

[66]«Observations des organisations internationales: Chambre de Commerce Internationale», reproduit dans CNUDCI, 8 *Annuaire de la CNUDCI*, 1977, p. 153.

[67]J. BARBIC, *loc. cit.*, note 54, 11.

[68]U.N. Doc. A. Conf.97/5/1979, p. 56.

[69]«Custom and trade usage: it's application to commercial dealings and the common law (note)», (1955) 55 *Columbia Law Review* 1192, 1205.

[70]À cet égard, le professeur Honnold a dit: «A usage that is of local origin [...] may be applicable if it is "widely known to, and regularly observed by" parties to international transactions involving these situations», dans J. HONNOLD, *op. cit.*, note 1, no 121, p. 148.

[71]«Unification and certainty: the United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods (note)», (1984) 97 *Harvard Law Review* 1990.

[72]J. HONNOLD, *op. cit.*, note 1, no 121, p. 148.

[73]Dans les analyses de la New York Law Revision Commission de 1955 relatives à la section 1-205 (2) du *Code de commerce uniforme* basée sur l'arrêt *Walls v. Bailey* (49 N.Y. 464 (1872)), on a souligné que cette section «emphasized expectancy, and expectancy may develop through a mental process without actual prior application».

[74]H.J. BERMAN et C. KAUFMAN, *loc. cit.*, note 9. Ils ont donné l'exemple suivant: «[...] The use of container ships [...] has made "on deck" storage of goods under a bill of lading acceptable. In the past such a bill would not be acceptable under a c.i.f. contract unless specifically permitted».

[75]*Uniform commercial code, with annotations from State and Federal Courts*, v. 1, Minnesota, St.Paul, 1989, no 5, p. 124.

[76]C. CARROLL, «Harpooning Whales of Which Karl N. Llewellyn Is the Hero of the Piece; or

Searching for More Expansion Joints in Karl's Crumbling Cathedral», (1970) 12 *B.C.Industrial and Commercial Law Review* 163 (nous avons souligné).

[77] Note, *loc. cit.*, note 68, 1993.

[78] «Observations des organisations internationales: Chambre de Commerce Internationale», précité, note 65, p. 153.

[79] A. KASSIS, *op. cit.*, note 8, p. 577.

[80] Massimo BIANCA et Michael Joachim BONELL, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 113 et 114.

[81] Voir Michael Joachim BONELL, «International Uniform Law in Practice ,, Or Where the Real Trouble Begins», (1990) 38 *Am.J.Comp.L.* 865. Aussi Report of UNCITRAL on the work of its Twenty-first Session, April 11-22, 1988, (A/43/17), p. 24.