

USAGES ET NORMES PRIVÉES

Par

Pierre MOUSSERON

Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

Définir ce dont on parle est un usage bien établi dans le monde académique.

- S'agissant des usages, nous les définirons ici comme des comportements dotés d'une force juridique du fait notamment de leur répétition sur un marché de référence. Ainsi définis, les usages comprendront à la fois ceux dits « conventionnels » correspondant à des comportements entre des parties à une relation commerciale et ceux dits « professionnels » observés plus largement dans une branche du commerce.
- S'agissant des normes, nous les entendrons comme des règles dotées d'une certaine force juridique en mentionnant simplement que cette force est susceptible d'une grande variété d'intensités : force juridique suggestive de certains standards de comportements, force supplétive, force impérative, force exécutoire des actes notariés,...¹
- S'agissant du qualificatif « privé » nous le comprendrons comme « indépendant d'une personne publique ».

À partir de ces définitions, la nature de norme privée des usages semble peu contestable ne serait-ce que par application de l'article 1135 du code civil qui leur confère la force obligatoire reconnue aux contrats. En raison de leur ancienneté, de leur consécration par le code civil et de leur reconnaissance par la plupart des systèmes juridiques, les usages apparaissent même comme le modèle des normes privées².

L'évidence du caractère normatif de l'usage doit cependant être atténuée. Si on considère que le fondement de la force obligatoire de l'usage se trouve dans un consentement implicite³, l'usage n'est pas à lui seul une règle puisqu'il aura besoin d'un consentement pour obtenir cette force normative. Alternativement, si on considère que l'usage a une force juridique indépendamment de tout consentement et si on adopte la conception de l'usage-règle, on est bien en présence d'une norme.

¹ C. THIBIERGE, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ et Bruylant, 2009.

² Les usages ne sont que l'élément factuel sous-jacent de la véritable norme issue des usages qui devrait porter le nom de coutume. Une coutume académique nous conduira ici à assimiler les usages et la coutume (Sur le sujet : P. MOUSSERON, « Introduction terminologique : des comportements aux "bonnes pratiques" », *Journal des sociétés*, novembre 2011, p. 12).

³ Dans ce sens : A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, LGDJ 1984.

Ce débat n'est pas tranché. Par souci de brièveté, on peut cependant faire deux observations. D'une part, le consentement est parfois tellement implicite que l'on se rapproche de l'usage-règle qui lui seul est individuellement normatif. D'autre part, la reconnaissance du caractère normatif de l'usage dépendra de la force juridique que l'on attend d'une norme. Si l'usage peut certainement être un standard en termes de comportement et donc de responsabilité sans s'appuyer sur un consentement, il est plus douteux qu'il justifie une exécution forcée sans cet appui.

Compte tenu de leur caractère parfois normatif, on s'attendrait à ce que les usages suscitent un intérêt considérable en Droit positif. L'intérêt devrait en outre s'accroître compte tenu du pluralisme grandissant des ordres juridiques privés. Ces ordres juridiques ont parfois un champ d'application national. Ils sont aussi plus limités notamment lorsqu'ils sont issus de codes de conduites privés⁴. À leur façon, les relations commerciales sont aussi représentatives d'un ordre juridique particulier dans lequel pourront aussi naître des usages.

Pourtant, force est de constater qu'on accorde aux usages une place limitée. En matière contractuelle, les négociateurs et les rédacteurs les négligent souvent. En matière judiciaire, les avocats et les juges y font des références assez rares sauf en matière de Droit du travail. En matière arbitrale, les arbitres les visent assez peu alors que leur expertise est souvent avancée pour justifier leur intervention⁵. En matière doctrinale, les usages sont souvent évacués plus qu'étudiés par la doctrine contemporaine⁶. Celle-ci adopte encore très largement les positions de Gény et sa fameuse double exigence d'un élément matériel et du mystérieux élément psychologique que constitue l'*opinio necessitatis*⁷.

Ce discrédit coutumier est particulièrement net si l'on observe en contraste, l'attention considérable et excessive dont bénéficie la jurisprudence. Les usages se situent dans un angle mort du Droit. Parmi les normes privées, l'attention se porte davantage aujourd'hui sur des règles issues d'associations professionnelles sans référence à des pratiques établies. Ces bonnes pratiques professionnelles invoquent parfois abusivement la nature d'usages pour justifier une force contraignante⁸. Il leur manque toutefois, au moment de leur édicition tout au moins, la force de la répétition qui est le fondement de la force juridique des usages.

Le déficit médiatique dont souffrent les usages est explicable compte tenu des difficultés rencontrées pour les prouver⁹, et plus largement de l'insécurité juridique associée à toute norme qui n'est pas nécessairement écrite. Ce constat est désolant compte tenu de la richesse et de l'harmonie qui découlent des normes coutumières.

⁴ À leur sujet : G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec 1982, p. 47.

⁵ J.-B. RACINE, « Les usages dans l'arbitrage commercial international : une place à géométrie variable », *Journal des sociétés*, novembre 2011, p. 37 ; Ph. FOUCHARD, *Les usages, l'arbitre et le juge*, in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec 1982, p. 67.

⁶ Soulignons ici les remarquables exceptions que constituent les ouvrages de Pascale Deumier (*Le droit spontané*, préf. J.-M. Jacquet, Economica, Recherches juridiques, 2002) et d'Antoine Kassis (*Théorie générale des usages du commerce*, LGDJ 1984).

⁷ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ 1954, t. 1^{er}.

⁸ Voir par exemple : CA Versailles 30 juin 2011, *JCP* éd. E 2011, p. 28, 1877.

⁹ P. MOUSSERON, « Le renouveau dans la preuve des usages : des parères aux opinions de coutume », *Journal des sociétés*, novembre 2011, p. 20.

Pour dépasser ce triste état des lieux, on peut s'attacher à un effort **d'analyse (I) et de promotion (II)**.

I. Il faut mieux analyser les usages

À la lumière de la jurisprudence et de la doctrine récente, la référence à un usage dans un cadre contractuel ou extra-contractuel nous paraît imposer de s'assurer que les comportements invoqués remplissent certaines exigences.

A. Déterminer les comportements sous-jacents aux usages

L'invocation d'un usage suppose la démonstration d'un comportement sous-jacent suffisamment déterminé.

Cette détermination est principalement objective. On s'est ainsi posé la question en matière de droit des sociétés de savoir si les garanties de passif étaient un usage en matière de cessions de contrôle ce qui permettrait aux cessionnaires d'actions d'en invoquer le bénéfice même en l'absence de clause expresse¹⁰. La réponse paraît négative en raison de l'hétérogénéité desdites garanties qui empêche de définir une pratique commune suffisamment précise. Toutefois, certaines clauses desdites conventions comme celle prévoyant une information préalable du garant avant tout appel en garantie pourraient être qualifiées d'usuelles.

Cette détermination est aussi temporelle. Le comportement sous-jacent devra remplir certaines exigences temporelles d'ancienneté et de constance¹¹. Cette définition impose un certain recul de la part des opérateurs par rapport à leurs propres pratiques. Un certain laps de temps est nécessaire pour qu'une décantation des pratiques s'opère dont découlera un usage.

B. Délimiter le marché de référence des usages

Les usages n'existent qu'au sein d'une communauté définie au sein de laquelle ils sont observés et respectés¹². Lorsque l'usage est observé dans le cadre d'une relation commerciale, cette communauté est réduite, le cas échéant à deux partenaires. C'est lorsque l'usage a une plus grande assiette, que la définition du marché est plus délicate. Cette délimitation du marché pertinent peut s'opérer à la lumière de la pratique du Droit de la concurrence.

Cette définition est d'une part professionnelle en délimitant le secteur d'activité dans lequel l'usage est constaté. Les usages de l'assurance ne sont pas ceux de la réassurance.

¹⁰ P. MOUSSERON, « Conventions de garantie et pactes d'actionnaires », *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 924, §186. Dans le sens de ce caractère coutumier, la cour d'appel de Paris a affirmé « que la clause de garantie en faveur du cessionnaire est non seulement parfaitement usuelle mais encore indispensable pour espérer conclure une opération dans laquelle est cédé le contrôle d'une société...qu'elle est donc de droit » (CA Paris 1^{er} février 2011, n° 09/21974).

¹¹ Pour une illustration : Cass. soc. 22 juin 2011, n° 10-14196.

¹² Pour une définition de la communauté en matière d'usages : P. DEUMIER, *op. cit.*, n° 340 et s.

Cette définition est d'autre part géographique en délimitant le territoire sur lequel l'usage est observé. Les usages du port de Sète ne sont pas ceux du port de Marseille. Même les Incoterms que l'on présente souvent comme des usages du commerce international ne peuvent déroger à cette précision géographique. Le guide des Incoterms 2010 diffusé par la Chambre de Commerce Internationale précise ainsi pour l'Incoterm FOB que « le vendeur doit livrer des marchandises à la date ou dans les délais convenus et selon les usages du port » visé par les parties¹³.

C. Vérifier la généralité du comportement sur le marché de référence

Pour se voir reconnaître une force normative, l'usage doit être observé de façon homogène sur le marché matériel et géographique précédemment défini. Plus le marché est défini étroitement, plus le comportement a de chance de devenir un usage. Cependant, plus le marché est étroit, plus faible est le nombre de personnes susceptibles d'être liées par celui-ci.

D. Vérifier l'invocabilité des usages

Définie comme la faculté de se prévaloir de l'usage, l'invocabilité est souvent fondée sur le consentement : l'usage s'applique en raison d'une volonté explicite ou implicite par exemple du fait de l'adhésion d'opérateurs à une association professionnelle qui a édicté un guide des usages et bonnes pratiques. Cette invocabilité peut aussi s'expliquer plus objectivement par la simple participation à un marché¹⁴. Cette forme d'invocabilité est plus facilement reconnue à l'encontre des professionnels que des consommateurs¹⁵. En outre, elle se justifie plus naturellement lorsqu'il s'agit d'appliquer un usage à soi-même par exemple pour justifier un comportement que l'on a soi-même adopté plutôt que de l'opposer à une autre personne.

E. Définir la force juridique des usages

Les usages sont susceptibles de plusieurs effets juridiques d'intensité croissante.

Leur observation est d'abord une marque de professionnalisme.

Les usages sont généralement utilisés à des fins interprétatives comme cela ressort en matière contractuelle des articles 1159 et 1160 du code civil.

Ils sont aussi un utile standard d'appréciation en matière de responsabilité civile que ce soit pour apprécier une faute délictuelle ou une inexécution contractuelle.

Ils peuvent aussi être créateurs de droits¹⁶ ou d'obligations en application de l'article 1135 du code civil. Ils peuvent ainsi établir une obligation de faire (verser

¹³ *Incoterms 2010*, ICC Publication, 2010, p. 222.

¹⁴ M. BOURDEAU, « L'invocabilité des usages professionnels en matière contractuelle », *RJDA* 6/11, p. 459.

¹⁵ Les articles 66 et 67 de la proposition du règlement communautaire du 11 octobre 2011 (Com. (2011/0284) relatif à un droit commun européen de la vente énoncent ainsi des règles particulières pour les usages invoqués entre professionnels.

¹⁶ La cour de cassation a ainsi invoqué les usages pour justifier la faculté pour le diffuseur de presse de détruire les journaux invendus : Cass. com. 2 novembre 2011, n° 10-25518.

une indemnité, respecter un délai de préavis,...) ou de ne pas faire (ne pas réaliser de plantations en violation d'usages locaux,...).

Les usages peuvent aussi être des faits justificatifs. Cela est vrai en matière civile. Dans certaines industries comme celle des semences, des codes d'usages autorisent un certain niveau d'impuretés dans les livraisons. Ceci est aussi vrai en matière pénale. Un comportement ordinairement fautif pourra être justifié par son caractère usuel. Tel pourrait être le cas du versement d'un pourboire par un dirigeant avec les fonds de la société.

De façon plus prospective, les usages pourraient permettre d'obtenir l'annulation d'un contrat. Les bonnes moeurs de l'article 6 du code civil renvoient en effet à certains usages. Cette filiation des usages est d'ailleurs confortée par la formule latine « *Ut moris est* » qui établissait le caractère usuel d'une pratique.

L'intensité de ces effets sera logiquement plus forte lorsque l'usage s'appuiera sur un consentement et point simplement sur une règle de marché.

S'ils sont convaincus de l'existence et des qualités d'un usage, ce qui sera le cas le plus fréquent, les professionnels y adhéreront spontanément et nul problème ne surviendra généralement. Même dans ce cas, des problèmes d'efficacité pourront toutefois survenir lorsque les usages entreront en collision avec d'autres normes.

F. Examiner la régularité des usages

De la même façon que tous les contrats ne sont pas valables, tous les usages ne sont pas licites. La validité de nombre d'entre eux soulève des difficultés. Ainsi, des usages peuvent violer des prescriptions en matière de droit de la concurrence. Le conseil de la concurrence a ainsi observé que « les usages du courtage, qui régissent les relations entre les compagnies d'assurance et les courtiers, constituent en tant que tels des conventions susceptibles d'affecter la concurrence... »¹⁷. On peut aussi nourrir des doutes quant à la régularité de certains usages au regard des règles de passation des marchés publics¹⁸. En dehors du champ de l'assurance, des usages tels que les cadeaux soulèvent aussi des difficultés au regard de délits tels que le favoritisme ou la corruption.

Au-delà de leur confrontation avec des textes écrits, les usages pourront entrer en confrontation avec d'autres usages. Ce sera l'occasion d'appliquer ici le Droit des conflits d'usages qui à bien des égards est l'ancêtre du Droit contemporain des conflits de lois¹⁹.

On affirme généralement que les usages ne peuvent affecter l'application de normes impératives²⁰. Si l'observation est généralement juste, elle suscite toutefois

¹⁷ Cons. conc. 13 décembre 2000, Déc. n° 00-D-62 relative à l'incidence des usages du courtage sur la situation de la concurrence dans le secteur des opérations de l'assurance sur la vie et de capitalisation.

¹⁸ A. BRÈS, C. BROUSSY et G. CLAMOUSE, *Les usages en matière d'assurance*, in *Les usages en droit de l'entreprise*, LexisNexis 2010, p. 189, sp. n° 32.

¹⁹ A. BRÈS, « Le renouveau dans l'application des usages : les conflits d'usages », *Journal des sociétés*, novembre 2011, p. 25.

²⁰ Par exemple : Sentence n° 8873, 1997, *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, Kluwer Law International 2003, p. 500.

certaines réserves. Ainsi, on observe que certaines décisions portent atteinte au droit de propriété en se fondant sur les usages. La jurisprudence fonde ainsi sur un usage constant la pratique consistant pour des commerçants à réaliser des relevés de prix dans les magasins de leurs concurrents²¹. Cet usage neutralise certaines prérogatives attachées au droit de propriété portant sur le magasin visité. On objectera simplement que ce magasin étant ouvert au public, son propriétaire a renoncé à invoquer son droit sur ce bien. La jurisprudence a poussé plus loin l'atteinte au droit de propriété. La cour d'appel de Grenoble a ainsi fondé sur les « usages des réseaux de distribution » l'exclusion d'un ex-franchiseur du capital de la société de son ex-franchisé²². Cet effet *contra legem* du devoir de ne pas s'incruster au capital d'un ex-distributeur peut se réfugier derrière l'interprétation des conventions. Plus radicalement, on peut le rattacher à l'application prioritaire d'une norme issue d'un ordre juridique spécial propre au secteur de la distribution dérogeant au droit de propriété issu de l'ordre juridique général.

II. Il faut mieux promouvoir les usages

Les usages naissent et existent du seul fait de la répétition de certains comportements. Cette naissance et cette existence ne permettent cependant pas l'émergence d'une norme accessible et sécurisante pour les acteurs juridiques. Encore faut-il que cette norme soit reconnue et diffusée.

A. Reconnaître les usages

1. La reconnaissance des usages impose leur constatation par une autorité légitime.

Cette autorité sera parfois une institution. On citera notamment la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales dont le rapport annuel d'activité permet de diffuser certains usages du monde de la distribution. Souvent, ce sera le juge qui sera en charge de reconnaître l'usage. Des associations professionnelles reconnues peuvent également dans certains cas constater des usages. On rencontre ainsi des institutions spécialisées comme la Commission de Défense des usages du Courtage d'Assurance²³.

La légitimité de l'institution en charge de la reconnaissance des usages est naturellement pertinente. Le caractère privé de l'usage et son édicton par eux-mêmes qui devront s'y soumettre peuvent en effet susciter un doute quant à son impartialité. La légitimité de l'institution pourra découler de l'absence d'intérêt direct de l'institution et de ses membres dans le contenu de la règle édictée. La légitimité pourra aussi tenir à la diversité des points de vue représentés dans l'institution. L'indication sur le site de la chambre de commerce internationale de la variété de ses membres (chambres de commerce, professionnels locaux,...) illustre cette volonté d'asseoir une légitimité. La présence d'administrateurs indépendants sera aussi un élément de nature à légitimer la reconnaissance des usages par une institution privée telle qu'une association professionnelle. La légitimité pourra aussi tenir à la compétence, à l'ancienneté ou au succès commercial de ses membres dans

²¹ Cass. com. 4 octobre 2011, n° 10-21862.

²² CA Grenoble 16 septembre 2010, *JCP* 2011, 273, note P. MOUSSERON.

²³ www.casca.fr

le secteur considéré. On trouve trace de cette course à la légitimité dans une décision dans laquelle les parties au litige s'affrontaient quant au contenu d'un usage relatif au commerce de l'eau de vie. L'une des parties produisait « huit attestations de courtiers exerçant depuis de nombreuses années et dont deux étaient assermentés ». Une autre partie présentait « 19 attestations de viticulteurs de tous âges, dont six assument les fonctions de maire de leur commune et un autre la présidence du syndicat viticole local, qui produisent enfin l'avis de la prestigieuse Société Martell »...²⁴

2. Cette reconnaissance impose en outre un effort de preuve de la part des professionnels du Droit. Comme les juristes réalisent des recherches jurisprudentielles, il faudrait aussi qu'ils entreprennent des recherches coutumières en recourant à des témoignages, des attestations ou des consultations de professionnels²⁵.

B. Diffuser les usages

La diffusion des usages passe classiquement par leur retranscription dans des recueils ou des codes. Depuis longtemps, certaines associations professionnelles ont entrepris de codifier des usages professionnels.

Les usages non « catalogués » se répandent principalement par leur évocation dans des arrêts qui y renvoient. Cette source d'information pathologique ne donne cependant qu'une image pathologique déformante des usages.

À compter de 1982, le Président du Tribunal de commerce de Paris avait ouvert un bureau des usages professionnels en charge de la collation de certains usages. Faute d'informatisation, les ressources limitées de ce bureau sont restées peu exploitables.

Devant les carences des instruments existants, le Centre du Droit de l'Entreprise de la Faculté de Droit de Montpellier a créé une bibliothèque des usages. Celle-ci permet une diffusion en ligne²⁶ de recueils, de rapports d'associations professionnelles ou d'institutions ou encore de décisions reconnaissant des usages.

Ce dernier propos n'a pas simplement une vocation auto-promotionnelle. Il témoigne aussi de la convergence entre les intérêts juridiques des facultés d'Aix et de Montpellier. Cette convergence n'est pas nouvelle. Sans renvoyer à la proximité entre Cambacérès et Portalis, elle peut se revendiquer de pratiques anciennes, de bons usages...

²⁴ TGI Saintes 2 juillet 1991, *D.* 1992, p. 466, note B. BEIGNIER.

²⁵ P. MOUSSERON, « Le renouveau dans la preuve des usages : des parères aux opinions de coutume », *Journal des sociétés*, novembre 2011, p. 20.

²⁶ « cde-montpellier.com ».

