

Introduction terminologique : des comportements aux « bonnes pratiques »

Pierre Mousseron,
Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

1) Le Dictionnaire Capitant reflète ainsi un certain malaise : « *Plutôt qu'une véritable source de droit, - l'usage - désigne souvent une pratique particulière à une profession (usages professionnels), à une région (usages régionaux), ou à une localité (usages locaux) et dont la force obligatoire est variable* » (*Vocabulaire Juridique Capitant*, par G. Cornu, 7^{ème} éd. PUF, 1987).

2) Notre Collègue Catherine Thibierge a mis en évidence cette double nature de l'usage sans en tirer les conséquences terminologiques que nous adoptons : Sources du droit : une cartographie, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit, Dalloz 2006, p. 519.

3) Michel Pédamon retient une conception différente (Y-a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ?, *RTDCiv.* 1959, p. 335). Il réserve le terme de « coutume » à des règles identifiées par les juridictions commerciales à défaut de pratique sous-jacente. Il donne ainsi comme exemple de coutume la solidarité passive en matière commerciale. Pascale Deumier conçoit la coutume comme un usage généralisé, Le droit spontané, *Economica* 2002, n°205

4) Les usages en droit américain *in* Les usages en droit de l'entreprise, *Actualités de droit de l'entreprise*, t. 27, LexisNexis 2010, p. 215.

5) P. Mousseron, Faut-il dissocier les usages du commerce international des usages du commerce ?, *Rev. jur. com.* janvier-février 2011, p. 21.

6) P. Deumier, *op. cit.* n°107.

7) C'est ce qui a récemment permis à la Cour de Justice de l'Union européenne d'affirmer - de façon un peu trop générale - que les Incoterms étaient des usages du commerce international (CJUE 9 juin 2011, Aff. C-87/10 *Electrosteel Europe SA c. Edil Centro SpA*).

8) L'Association Française de Normalisation est une association contrôlée par le Ministre chargé de l'Industrie assisté par un délégué

A la recherche d'une définition juste et acceptable par tous, on peut entendre les usages comme des **comportements dotés d'une force juridique en raison de leur répétition et de leur généralité.**

Cette définition nous paraît **éclaircir certaines confusions** relatives au mot « usages ». (1)

Certaines de ces confusions dérivent du caractère ambivalent du terme. D'une part, l'usage désigne un comportement. Dans le contexte commercial qui nous retient, ce type de comportement sera observé au sein d'une entreprise, dans les relations entre cette entreprise et ses partenaires ou bien encore sur le marché sur lequel elle évolue. Dans cette première acception, l'usage est le composant d'une règle contraignante et correspond précisément à une « *comportement sous-jacent* ». D'autre part, l'usage désigne une norme. Dans cette seconde acception, l'usage n'est plus un composant mais le résultat normatif de ce processus de création (2). Cette norme devrait plus justement porter le nom de « coutume ». (3)

L'ambivalence se retrouve aussi en droit anglo-saxon. Le Black's Law Dictionary distingue ainsi les « usages » des « customs » : « *Usage is a repetition of acts and differs from custom in that the latter is the law or general rule which arises from such repetition ; while there may be usage without custom, there cannot be a custom without a usage accompanying or preceding it* ». Au sein des « usages », l'article 1.303 du Uniform Commercial Code distingue entre les usages observés sur un marché (« *usages of trade* ») et ceux observés dans le cadre d'une relation privée (« *course of dealing* ») ou de façon plus restreinte

dans la seule phase d'exécution de cette relation (« *course of performance* ») (4).

D'autres confusions découlent de la profusion des termes utilisés pour désigner les usages : us, usances, usances uniformes, usages de fait, usages de droit, usages conventionnels, usages professionnels, usages de place, usages du marché,... Ces dénominations renvoient parfois à la différence entre les simples pratiques dénuées de force contraignante (us, usances, usages de fait,...) et celles dotées de cet effet (usances uniformes, usages de Droit,...). Dans d'autres cas, ces variations renvoient à l'origine volontaire ou normative des usages. Le Droit du travail oppose ainsi les usages d'entreprise qui naissent de la volonté de l'employeur et les usages professionnels qui s'imposent à l'employeur du fait de son exercice dans un secteur d'activité particulier. On retrouve cette distinction en Droit financier dans l'opposition entre les usages conventionnels d'une part et les usages de place ou de marché d'autre part.

Certaines disciplines comme le Droit du commerce international tentent en outre d'affirmer leur autonomie avec des concepts tels que les « *usages du commerce international* ». L'originalité du contenu de ces usages est très relative. Leur contenu consiste ainsi pour l'essentiel en des usages très locaux appliqués à une opération internationale. S'il existe une originalité, elle ressort davantage du régime des usages en matière internationale (5).

Une source supplémentaire de confusion tient à l'existence de documents qui, selon les cas, auront ou n'auront pas la qualité d'usages. Tel est le cas des contrats-types et des conditions générales de vente ou de service. En eux-mêmes, ces documents ne

sont pas des usages (6). Ils n'attestent pas en effet de pratiques antérieures mais préconisent des comportements pour l'avenir. A force de répétition, la pratique préconisée par les contrats- types ou les conditions générales de vente pourra cependant devenir un usage (7).

La confusion autour de la notion d'usages est en outre entretenue par l'existence de notions voisines. Parfois associés aux usages, les standards s'en distinguent ainsi nettement. Les standards dits techniques ne trouvent pas nécessairement leur origine dans des pratiques existantes. En outre, leur force contraignante découle non pas de la répétition de pratiques mais en amont d'une habilitation du législateur national (8) ou communautaire (9). Selon le Vocabulaire Capitaine, les standards juridiques désignent quant à eux des normes souples fondées sur un critère intentionnellement indéterminé. Cette indétermination contraste avec l'identification requise des usages.

La principale source de confusion liée aux usages résulte aujourd'hui de l'assimilation excessive des pratiques aux usages. Les pratiques consistent également en des comportements répétés. Leur défaut de généralité au sein d'une communauté leur interdit toutefois de devenir une règle objective. Tout au plus, ces pratiques constituent des « modèles de comportement ». (10) A coté de ces simples pratiques, les professionnels et le législateur ne cessent ainsi depuis une dizaine d'années de se référer à des « **bonnes pratiques** » (11), « *market practices* », « *pratiques de marché admises* » (12) ou « *best*

practices ». Lorsqu'elles correspondent à des pratiques constatées, ces « *bonnes pratiques* » constituent des usages. En revanche, lorsqu'elles ne s'appuient pas sur des pratiques répétées, elles ne peuvent se prévaloir de la nature d'usages. Ceci ne signifie pas qu'elles n'ont pas de force juridique. Ainsi, l'article L.612-29-1 du code monétaire et financier dispose que l'Autorité de contrôle prudentiel (13) « *peut constater l'existence de bonnes pratiques professionnelles ou formuler des recommandations définissant des règles de bonne pratique professionnelle en matière de commercialisation et de protection de la clientèle* ». L'article L.612-1 lui confère en outre le pouvoir de veiller à leur respect. S'agissant des pratiques de marché admises, l'AMF a décidé que leur reconnaissance permettait « *d'instaurer une présomption de légitimité* » à l'égard des acteurs du marché qui s'y conformaient (14).

Cette référence aux bonnes pratiques vise parfois à muscler la nature des recommandations d'autorités sans grande légitimité qui jouent de l'ambiguïté entre les bonnes pratiques qu'elles édictent et les usages. Dans d'autres cas, l'édition de ces bonnes pratiques vise à justifier une autorégulation tolérante de certaines pratiques (15).

Ce propos liminaire ne vise pas à inhiber notre expression. Il invite simplement à définir précisément les termes employés pour favoriser l'utilisation des usages. Il ne suffit pas de déplorer passivement le développement du *soft law* (16) ; il convient aussi de le combattre.

international aux normes (J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd. 2010, n°209).

9) Proposition de règlement du 23 septembre 2009 (n°2009/0144 (COD)) du Parlement européen instituant une autorité européenne des marchés financiers.

10) P. Deumier *op.cit.*, n°109. Voir aussi N. Molfessis, Les pratiques juridiques, source du droit des affaires, *LPA*, 27 novembre 2003

11) Dans un avis du 7 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence a ainsi invité les opérateurs économiques et la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales à réfléchir à un « *code des bonnes pratiques* » en matière de management catégoriel (Avis n°10-A-25).

12) Aux termes de l'article 612-1 du règlement général de l'Autorité des Marchés Financiers, les « *pratiques de marché admises sont des pratiques susceptibles d'être mises en œuvre sur un ou plusieurs marchés financiers et acceptées par l'AMF* ».

13) L'Autorité de contrôle prudentiel est une autorité administrative indépendante notamment en charge de la stabilité du système financier et de la protection des clients de banque et des assurés. Aux termes de l'article L.612-29-1 du Code monétaire et financier, cette Autorité « *publie un recueil de l'ensemble des codes de conduite, règles professionnelles et autres bonnes pratiques constatées ou recommandées dont elle assure le respect* ».

14) Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'AMF, Document mis en ligne le 7 décembre 2010 sur le site de l'AMF.

15) T. Bonneau, L'ACP et les pratiques contra legem des syndicats de copropriété, *JCP éd. E*, 2011, p. 45.

16) Pour ne pas nous exposer au reproche que nous stigmatisons, précisons que le *soft law* évoqué ici ne désigne pas le Droit doux (sans obligation), ni le Droit mou (sans sanction), mais le Droit flou (sans précision). Ceux qui voudront poursuivre cet exercice terminologique pourront se reporter à l'article fondateur de Catherine Thibierge sur cette distinction : Le droit souple, *Réflexion sur les textures du droit*, *RTDciv*. 2003.599.

Introduction historique : de la règle coutumière à la règle transnationale

Carine Jallamion,
Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

1) Cité par. A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, LGDJ, 1984, p. 1, n. 1.

2) Cf. la thèse de A. Lebrun, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, Thèse Droit Paris, 1932, p. 10 et s., n. 10 et s.; P. Deumier, *Le droit spontané*, *Economica*, 2002, 477 p.; P. Dubouchet, *Le droit spontané au XXe siècle*, *L'Hermès*, 2002, 145 p.

3) A. Lebrun, *op. cit.*, p. 2, n. 2.

4) J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, PUF, Coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2001, p. 36, n. 16.

5) Cité par J.-M. Carbasse, *op. cit.*, p. 36, n. 16/3.

6) J.-M. Carbasse, *op. cit.*, p. 116, n. 65.

7) Cité par J.-M. Carbasse, *op. cit.*, p. 129, n. 72. Nous avons là l'exemple d'une habitude qui est devenue un usage ou une coutume, puisque les termes sont alors synonymes. Dans le processus de formation du droit coutumier, il ne faut pas négliger le rôle des décisions de justice qui en les appliquant consacrent les usages et les coutumes. Cf. sur ce point A. Lebrun, *op. cit.*, p. 33, n. 27 et s.

8) Pour l'exemple de formation d'une coutume en droit privé, le droit d'aînesse dans la famille ducal de Normandie, cf. A. Lebrun, *op. cit.*, p. 30-31, n. 25 et s.

9) Pour ces deux termes voir le Dictionnaire de l'ancien Régime, L. Bély dir., PUF, 2006.

10) Sur l'apparition du terme à Paris, cf. O. Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, 1922, t. I, p. 26.

11) *Ibid.*, t. I, p. 29.

12) Boutillier par exemple désigne par l'expression « us et usages » une variété de coutumes qui ne sont suivies que dans une cour. Cf. A. Lebrun, *op. cit.*, p. 57-58, n. 54.

Dans le système juridique positiviste et légicentriste qui s'est construit en France depuis la fin du XVIIIe siècle et qui, même s'il a évolué, est toujours le nôtre aujourd'hui, il ne paraît pas évident a priori que les usages puissent encore constituer une source du droit obligatoire, tant d'un côté la loi règne en maîtresse et tant d'un autre l'usage apparaît, à son opposé, comme une source presque insaisissable, car née de la pratique et non-écrite. L'usage, comme l'écrivait Jean Escarra en 1910, est alors « l'enfant terrible » de la grande famille juridique (1). Pourtant sa problématique ou plus globalement celle de la coutume resurgit régulièrement depuis la codification (2), et il est aujourd'hui question du renouveau des usages. Mais si l'on s'interroge sur la notion d'usage et sur son autorité, c'est bien qu'une autre source du droit, la loi évidemment, prévaut, et que face à elle la place qui reste à l'usage doit être déterminée.

Il n'en a pas toujours été ainsi. Avant le règne de la loi, les usages et les coutumes, termes qui ont longtemps été à peu près synonymes, ont constitué la source du droit principale, du IXe siècle, moment de la formation des premiers usages locaux, jusqu'à la Révolution française qui présente la loi comme la source exclusive du droit, du moins dans les domaines dans lesquels elle intervient, ce qui correspondra à pratiquement tous les domaines du droit avec l'entreprise napoléonienne de codification.

Il apparaît alors que l'histoire des usages, de leur naissance, de leur force obligatoire, est étroitement liée à celle de la loi, et même que loin d'être deux sources du droit parallèles, usages et loi sont deux sources rivales du droit (3). Cette constatation permet de distinguer une première histoire de l'usage, alors que les autres sources du droit, et notamment la loi, n'ont pas encore ou ont perdu leur importance, ont été oubliés. C'est là que l'on voit l'usage se former, qu'on donne un nom, plusieurs noms en réalité, à l'habitude qui le constitue, c'est là que l'on voit l'usage devenir une convention sociale, puis une règle de droit dotée d'une force obligatoire (I). Puis il y a une deuxième histoire de l'usage, une fois que les autres sources du droit, et notamment la loi, ont trouvé ou ont retrouvé toute leur importance. L'usage joue un rôle moins grand dans cette histoire, mais

tout de même il subsiste à titre, essentiellement mais pas seulement, de référent subsidiaire (II).

I. L'usage avant le règne de la loi

Chaque fois que l'on observe les sources du droit d'une société à ses origines, on trouve des usages, soit des règles non écrites, nées de la répétition, qui continuent d'être suivies à l'intérieur de certains groupes sociaux. Ces règles posent essentiellement deux difficultés : il faut les identifier à leur naissance ou presque, s'assurer de leur répétition, leur reconnaître force obligatoire (A). Cette force de l'usage donne naissance au second problème : puisqu'il est obligatoire, il sera parfois nécessaire de le prouver, notamment en justice (B).

A. L'apparition et la consécration de l'usage

Pour désigner ces règles des origines que sont les usages, le vocabulaire n'est pas certain, et l'on rencontre plusieurs termes qui sont synonymes, ce qui permet de comprendre d'abord comment se forme la règle coutumière, ensuite comment elle devient obligatoire (1). Il est alors possible de distinguer les caractéristiques communes de ces règles, par-delà la diversité coutumière (2).

1. Le nom des usages comme explication

Pour désigner les usages et coutumes des grands groupes familiaux aux origines de Rome, le droit des débuts de la République, au VIe siècle avant notre ère, parle de *mos majorum*, terme qui veut dire la façon d'être des ancêtres, terme de *mos* qui au pluriel, *mores*, va donner les mœurs (4). Et lorsque le droit devient plus savant, les juristes parlent de *consuetudo*, de coutume, coutume que Cicéron prend la peine de définir comme le « *droit qu'un long espace de temps a rendu obligatoire par la volonté de tous, sans intervention de la loi* » (5).

C'est précisément ce terme de *consuetudo* que nous allons retrouver en France au Moyen âge, au départ seulement dans le vocabulaire fiscal où il désigne des taxes habituellement levées par le seigneur sur les habitants de la seigneurie ou même sur les étrangers de passage, les

usages fiscaux d'un lieu donc, les « *redevances accoutumées* » (6).

Puis le terme de *mala consuetudo*, de mauvaise coutume, apparaît, pour désigner toujours une taxe mais exigée indument par le seigneur. Nous en connaissons un exemple qui illustre parfaitement les étapes de la formation de ces règles locales, exemple célèbre que l'on appelle celui de la coutume du pain de l'ours, exemple contenu dans la chronique du Nord de la France qui relate les événements survenus dans la seigneurie d'Ardres au Moyen Age. Cette chronique raconte que le seigneur d'Ardres ramena un ours d'un voyage en Angleterre, et que cet ours fut montré au peuple et on lui fit affronter des chiens qui le « *déchirèrent et le blessèrent presque jusqu'à la mort : tous, émerveillés, prirent grand plaisir à ce spectacle. Par la suite, le peuple, friand de ce combat avec les chiens, demanda qu'il fut renouvelé aux jours de fête* », et le gardien de l'ours accepta à condition qu'il reçoive du peuple le pain destiné à nourrir sa bête. « *Sans réfléchir (...), le peuple s'engagea spontanément à l'égard du seigneur et promit de donner au gardien un pain de chaque journée cuite dans chaque four de la ville pour l'entretien et la nourriture de l'ours, afin que tous puissent profiter à leur guise du jeu de l'ours à chaque jour de fête* ». Mais l'ours a fini par mourir et le jeu de l'ours a cessé. Malgré ce, le seigneur a continué d'exiger le pain de l'ours, un pain par journée. Voilà, dit la chronique, un mauvais usage, un *malum usum*, et une coutume condamnable (7).

L'on trouve aussi ces usages et ces coutumes en matière de droit privé, et c'est même en ce domaine qu'ils sont les plus nombreux (8). L'on sait qu'au départ, même si la formation de la règle est très difficile à saisir, les accords entre familles, que l'on appelle les « *convenances* » dans le Midi, ont joué un grand rôle, en l'absence de règles écrites, parce que ces règles avaient été oublées ou n'étaient plus comprises. Ces convenances sont à la base, à l'origine, des règles coutumières de droit privé, mais aussi des usances, des usements (9) ou des usages (10), car souvent les termes d'usages et de coutumes sont associés. L'on parle des « *us et coutumes* », même si l'on en vient rapidement à parler le plus souvent des usages au pluriel et de la coutume au singulier (11), comme si la coutume devenait la règle générale et les usages ses applications multiples, voire des variantes suivies dans un ressort plus étroit (12), et même si certains auteurs coutumiers dès le XIIIe siècle, s'ils reconnaissent une force obligatoire certaine à la coutume, en doutent pour certains usages (13).

Ainsi, qu'il s'agisse du *mos majorum*, des convenances, des usages, des coutumes, dans un certain lieu, dans un certain cadre territorial qui sera dans la France médiévale le plus souvent celui de la seigneurie, en l'absence de normes, des faits sont répétés, des habitudes

se prennent, et d'une génération à l'autre, l'on reproduit les pratiques ancestrales. Et finalement après quelques temps, quelques décennies, il naît de cette répétition le sentiment d'une véritable nécessité juridique, ce que les juristes savants appelleront plus tard l'*opinio necessitatis*, le sentiment de la nécessité de la règle, sentiment qui donne à l'habitude sa force obligatoire et qui en fait un usage ou une coutume (14).

Sans qu'il y ait tellement lieu de les distinguer, l'usage et la coutume deviennent ainsi des sources du droit de même valeur au cours du Moyen Age, à partir du IXe-Xe siècle, alors que les juges ne sont plus assez instruits pour consulter les lois dans leur texte primitif et qu'ils ne peuvent que faire appel aux précédents dont ils gardent la mémoire, pour les plus notables d'entre eux, ceux qui sont répétés en un même lieu (15). Malgré la diversité de ces règles, il est possible de dégager certaines caractéristiques communes.

2. Les traits communs des usages

Quatre grands traits communs des coutumes et usages peuvent être dégagés, et d'abord il apparaît que les usages comme les coutumes naissent de la **répétition**. L'on dit que la coutume est fille du temps, parce qu'elle se forme dans la durée. L'on dit qu'« *Une fois n'est pas coutume* »... Le temps est au Moyen âge le grand régulateur des situations juridiques, qui se consolident avec l'écoulement du temps. Il en va de même pour la règle de droit.

Le droit coutumier est ensuite toujours un droit **territorial**. Les coutumes et les usages sont ainsi le droit qui s'est formé dans un même lieu. L'assise territoriale de la règle coutumière s'explique par deux raisons. Pour ce qui est de la formation de la règle, le fait répété ne peut devenir habitude qu'au sein d'un même groupe social, groupe dont les membres vivent ensemble en un même lieu, si bien que l'usage est avant tout l'usage du lieu où il est apparu et où il a été répété. Ensuite, quant à l'application de la règle, une fois l'usage formé, de la même manière l'habitude ne sera gardée en mémoire qu'en un même lieu, lieu où cette habitude a été suivie pendant de nombreuses années, au point que plus personne, dans ce lieu, ne se souvienne d'un usage contraire, plus personne c'est-à-dire tous ceux qui suivent la règle et qui y sont soumis, mais aussi et surtout le juge local qui aura à tenir compte et à faire respecter l'usage.

C'est pour ces deux raisons que l'on dit au Moyen Age que les coutumes sont réelles : elles sont attachées au lieu, à la terre sur laquelle elles sont nées et, une fois devenues obligatoires, tous, même des étrangers de passage, devront s'y soumettre. Ce principe ne pose pas de problème tant que les individus circulent peu, mais à partir du XIIIe siècle, du fait de la renaissance des échanges, du fait de

13) Par exemple Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon, Paris, 1899-1900, Chapitre XXIV, n° 684 : « *La disfference qui est entre coustume et usage, si est que toutes coutumes sont à tenir ; mes il i a de teus usages que qui vourroit pledier encontre et mener dusques a jugement li usages seroit de nule valeur* ». Dans le même sens, d'autres auteurs décrivent les usages comme des faits matériels qui donneront naissance à la coutume, comme Claude Liger dans les *Coutumes d'Anjou et du Maine*, n. 1200, pour qui « *usage est un fait duquel est causée coutume, par taisible consentement du peuple* », ajoutant, n. 1213, que « *Coustume et usage différent : car coustume est droit, mais usage est fait* ». Cf. A. Lebrun, *op. cit.*, p. 56 et s., n. 53 et s.

14) J.-M. Carbasse, *op. cit.*, p. 118, n. 65.

15) A. Lebrun, *op. cit.*, p. 17, n. 15.

16) J.-M. Carbasse, *op. cit.*, p. 117, n. 65.

17) J.-M. Carbasse, *op. cit.*, p. 120, n. 66.

18) Cette idée est dégagée au Bas-Empire, lorsque la coutume, confrontée à la législation impériale, fait l'objet d'une théorie dont les éléments seront repris au Moyen Age. Cf. J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, *Sirey*, 2^e éd., 1982, p. 729 et S., n. 579.

19) Cf. A. Lebrun, *op. cit.*, p. 99 et s., n. 92 et s.

20) J.-M. Carbasse, *op. cit.*, p. 121, n. 67.

21) A. Lebrun, *op. cit.*, p. 23 et s., n. 20 et s.

22) J.-M. Carbasse, *op. cit.*, p. 121, n. 67.

23) A. Lebrun, *op. cit.*, p. 46, n. 43 et s.

24) J.-M. Carbasse, *op. cit.*, p. 123, n. 67.

25) Il faut se référer à l'article 125 de cette ordonnance relatif à la rédaction des coutumes, Isambert, *Recueil général des anciennes lois*, tome 9, p. 252 et s. Il s'agit pour le roi de réformer (corriger) les abus en matière de justice et il est précisément question dans cet article des parties qui « *proposent et allèguent plusieurs usages, styles et coutumes* », qu'elles doivent prouver, ce qui allonge la durée des procès et augmente leur coût. Si nous avons déjà défini les termes de coutumes et d'usages, les styles quant à eux sont des usages et coutumes en matière de procédure. Le roi remarque que si les « *coutumes, usages et styles* » étaient rédigées, les procès seraient plus brefs et les parties déchargées de certaines dépenses, « *mais aussi les juges en jugeraient mieux et plus certainement* ». Or le roi veut également « *mettre certainté ès jugemens tant que faire se pourra* », ce qui est particulièrement difficile en matière coutumière car « *les coutumes muent et varient à leur appétit* ». Ainsi les coutumes,

usages et styles devront être rédigés, et l'ordonnance décrit sommairement la procédure à suivre : les coutumes devront d'abord être « *accordées par les coutumiers, praticiens et gens de chacun desdits pays de notre royaume, lesquels coutumes usages et styles ainsi accordés seront mis par écrit en livres, lesquels seront apportés par-devers nous, pour les faire voir et visiter par les gens de notre grand conseil, ou de notre parlement, et par nous les décréter et conformer, et iceux usages, coutumes et styles ainsi décrétés et conformés, seront observés et gardés ès pays dont ils seront, et ainsi en notre cour de parlement ès causes et procès d'iceux pays, et jugeront les juges de notre royaume, tant en notre cour de parlement que nos baillis, sénéchaux et autres juges, selon iceux usages, coutumes et styles, ès pays dont ils seront, sans en faire autre preuve que ce qui sera écrit audit livre* ».

26) J.-M. Carbasse, *op. cit.*, p. 221 et s., n. 128.

27) A. Lebrun, *op. cit.*, p. 112, n. 107.

28) Si l'ordonnance de Montils-les-Tours faisait référence aux coutumes, usages et styles, les lettres patentes de janvier 1510 par lesquelles le roi Louis XII simplifie encore la procédure de rédaction des coutumes ne mentionnent plus que les seuls « coutumes », désignant les coutumes rédigées : Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome 11, p. 609. Voir également A. Lebrun, *op. cit.*, p. 94 et s., n. 89 et s.

29) J. Vanderlinden, *Anthropologie juridique*, Dalloz, *Connaissance du droit*, 1996, p. 48.

30) De ces conflits vont naître des distinctions entre l'usage qui vient interpréter la loi au sens général du terme, l'usage dans le silence de la loi, l'usage qui viendrait abroger la loi à laquelle il est contraire. Cf. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, 1827, v° Usage, t. XVIII, p. 252 et s., § II.

31) Article 125 de l'ordonnance de Montils-les-Tours, 1454 : « ... *prohibons et défendons à tous les avocats de notre royaume, qu'ils n'allèguent ni proposent autres coutumes, usages et styles, que ceux qui seront écrits, accordés et décrétés... Et enjoignons auxdits juges qu'ils punissent et corrigent ceux qui feront le contraire, et qu'ils [n'entendent], ne reçoivent aucune personne à alléguer, proposer ni dire le contraire* ». Isambert, *op. cit.*, tome 9, p. 253.

32) A. Lebrun, *op. cit.*, p. 87, n. 83.

la renaissance des villes, ils sont plus nombreux à circuler, et ceci crée des conflits de coutumes qui ont été clairement exposés par Bartole au XIV^e siècle. Bartole donne l'exemple d'une femme qui d'après les usages de la seigneurie où elle réside serait civilement capable, mais l'immeuble qu'elle souhaite vendre se situe dans une seigneurie où d'autres usages s'appliquent et rendent cette femme incapable. Alors, indique Bartole, il y a là conflit de coutumes : entre la coutume personnelle et la coutume du lieu de l'immeuble, et Bartole, s'inspirant des droits savants, livre la solution : puisque le problème porte sur l'immeuble, il faut appliquer les usages du lieu de l'immeuble, le statut réel, et non les usages du lieu de résidence de la femme, le statut personnel. Telle est la célèbre théorie des statuts de Bartole, qui sert encore aujourd'hui de fondement au droit international privé.

L'on dit aussi et surtout que les usages et coutumes forment les libertés, les privilèges des populations de ce lieu (16), ce qui explique pourquoi dans la société d'ordres et de corps qui est celle de l'Ancien Régime, le roi, respectueux des privilèges et donc des coutumes, ne légifère que très peu en matière de droit privé.

Encore, du point de vue de la forme, lorsque les us et coutumes correspondent à des franchises, soit des libertés proprement dites, des exemptions de la tutelle seigneuriale sur certains points, on prend le soin de les consigner par écrit, de manière à pouvoir les opposer au seigneur (ce sont les chartes de franchise des villes médiévales). En revanche quand la coutume ne s'oppose pas à une autorité politique et législative, quand elle n'entre en conflit avec aucun autre droit, ce qui est au Moyen âge une hypothèse très fréquente au moins jusqu'au XIII^e siècle, elle peut demeurer **orale** et c'est là son troisième trait caractéristique, sauf exception. Alors, pour faciliter sa mémorisation, on exprime l'usage sous la forme d'un adage, une sorte de proverbe juridique dont la formulation ramassée facilite la mémorisation, comme par exemple « le mort saisit le vif, » ce qui signifie qu'à la mort de son auteur, l'héritier est immédiatement saisi, investi de ses droits et de ses biens (17).

Enfin, et c'est le quatrième et dernier trait caractéristique, l'usage et la coutume impliquent le **consentement** des populations concernées, qui sont convaincues de leur nécessité : il s'agit d'un droit populaire fondé sur une présomption de consentement général, consentement exprès des populations qui suivent la règle, et consentement tacite des populations qui laissent faire. C'est cette dernière caractéristique, dégagée en droit romain (18), qui surtout pour les juristes médiévaux, explique la force obligatoire de l'usage et de la coutume (19). L'usage étant alors bien plus qu'une convention sociale, une règle de droit obligatoire, se pose la question,

fort délicate, de sa mémoire et de sa preuve.

B. La mémoire et la preuve de l'usage

Parmi les caractéristiques des usages mises en avant, il n'y en a pas une qui ne pose un problème de preuve. De manière évidente, puisque le temps transforme un fait en usage, et que l'usage se consolide avec le temps, il faudra bien garder la mémoire de cette évolution. Également, l'usage n'étant pas un droit écrit, ce trait rend difficile et incertaine sa mémoire. Surtout, l'usage forme un droit territorial. Or à partir du XII^e siècle les populations circulent davantage. Au cours du XIII^e siècle est installé le Parlement de Paris, compétent pour recevoir l'appel de toutes les juridictions inférieures du royaume. Ainsi le juge cesse de n'être que local et il faudra bien prouver l'usage devant un juge qui n'est plus un juge du lieu, qui ne peut donc connaître les usages locaux que les plaideurs allèguent. Enfin, l'usage est une règle obligatoire. Pour des raisons de sécurité juridique il importe de bien le connaître et d'être certain de son contenu.

Toutes ces raisons provoquent la rédaction des coutumes et des usages à partir du XII^e siècle, dans le contexte de renaissance intellectuelle que connaît alors l'Europe, renaissance qui entraîne une diffusion de l'écrit et une redécouverte du droit romain, ainsi qu'une renaissance du droit canon, tous deux droits savants et écrits. Ce double phénomène n'allait pas tarder à provoquer la mise par écrit des usages et des coutumes (20).

Ce sont d'abord les villes italiennes puis les villes du Midi qui consignent leurs usages dans des chartes à partir du XII^e siècle. Il s'agit là de rédactions officielles, ordonnées par les autorités municipales et qui font donc foi en justice (21). De leur côté, dans la moitié nord du pays à partir du XIII^e siècle, certains juges royaux commencent à consigner les coutumes de leur lieu de juridiction, pour leur usage personnel. Le plus célèbre de ces recueils privés est celui composé par Philippe de Beaumanoir, juge royal, recueil intitulé *Coutumes et usages du Beauvaisis*, rédigé en 1283. Mais il s'agit là de recueils qui n'ayant pas de valeur officielle, ne permettent pas de prouver la coutume (22).

Pour régler ces problèmes de preuve, les auteurs établissent des distinctions, notamment entre les coutumes notoires et les coutumes privées. Les coutumes notoires sont celles qui sont si certaines que la partie qui les invoque n'a pas à en rapporter la preuve en justice. Les coutumes se voient reconnaître une telle autorité quand elles sont devenues à ce point certaines qu'elles ne sont plus contestées, également lorsqu'elles ont déjà été reconnues en justice, notamment devant la justice souveraine. Alors non seulement les parties n'ont plus à prouver une telle coutume mais le juge peut même l'appliquer d'office (23). Toutes

les autres coutumes sont dites privées, ce qui signifie que les parties qui les invoquent doivent les prouver suivant le procédé de l'enquête par turbe. C'est Louis XI qui décide de ce mode de preuve spécifique pour la règle coutumière, qui oblige à réunir dix individus, des hommes sages et compétents, qui délibèrent entre eux pour se rappeler ensemble ce en quoi consiste l'usage sur le point en litige. Leur avis lie le tribunal s'il est unanime. Et pour plus de précaution, il paraît rapidement nécessaire à la fin du XVe siècle d'obliger non plus dix mais vingt hommes sages à se prononcer sur la question, et toujours la seule unanimité lie le juge.

Ce système de preuve extrêmement lourd et coûteux puisque l'enquête se fait aux frais des parties ne devait pas tenir bien longtemps (24). Au XVe siècle le roi trouve plus simple, pour garantir le contenu du droit applicable à ses sujets, de consigner les us et coutumes par écrit, et Charles VII prend une première ordonnance en ce sens, l'ordonnance de Montils-les-Tours, en 1454 (25). L'ordre de rédiger les coutumes sera ensuite répété par Charles VIII en mars 1498, ce qui finira par entraîner progressivement au cours du XVIe siècle une rédaction des coutumes dans la moitié Nord de la France (26). Cette rédaction officielle permet de préciser le vocabulaire. Le terme de coutume doit désormais être réservé à la coutume rédigée, tandis que le terme usage doit être employé pour les nouvelles coutumes susceptibles d'apparaître hors du champ de la coutume rédigée (27), d'autant que si désormais la coutume rédigée tire son autorité du pouvoir législatif du roi, les coutumes non rédigées ont toujours la répétition d'usages à leur origine (28). A partir du XVe siècle c'est donc en ce sens de coutume non rédigée, privée, qu'il faut entendre le terme usage, et c'est encore en ce sens que l'emploi le Code civil quand il fait référence aux « usages des lieux » (29).

Des conflits vont alors surgir entre la coutume et l'usage (30). Le roi en règle un certain nombre en défendant par l'ordonnance de Montils-les-Tours d'alléguer en justice, après la rédaction, des coutumes non rédigées (31). L'interdiction est rappelée en 1498, 1505 et 1510, mais limitée aux usages nouveaux contraires à la coutume rédigée, ce qui entrave le développement de la règle coutumière de formation récente, au moins quand elle est contraire à la coutume rédigée, les ordonnances royales proscrivant pour l'avenir l'abrogation par désuétude ou usage contraire (32). Et si pour les coutumes rédigées la question de la preuve est désormais réglée depuis leur rédaction (33), la difficulté demeure pour les coutumes privées et les usages. D'où des lettres-patentes (34), des actes de notoriété, des certificats de coutumes ou d'usages pour servir de preuve et régler les contradictions entre les sources, surtout quand il s'agit, hypothèse de plus en plus fréquente, de prouver son droit devant un juge qui n'est pas local et qui donc ne peut connaître les usages

du lieu. La même problématique existant en droit international privé, c'est ce qui explique le maintien des certificats de coutumes en cette matière, pour prouver le contenu d'un droit national devant un juge étranger (35).

Au terme de toute cette évolution, l'usage demeure parmi les sources du droit, comme la seule source non-écrite (36). Et ce trait caractéristique de l'usage oblige à le formuler, à le répéter, ce qui ne va pas sans quelque peu changer sa nature, comme si le destin de l'usage n'était pas de rester usage, comme si c'était une destinée nécessairement transitoire car trop fragile et que l'usage ne pouvait survivre qu'en prenant une autre forme. Ainsi les auteurs vont le répéter pour confirmer son contenu et l'usage entre dans la doctrine. Le juge va le répéter pour pouvoir sans souvenir, et là aussi l'usage se mêle à la doctrine ; ou alors le juge va confirmer l'usage lors d'un procès, ce qui va mêler usage et jurisprudence. Enfin, quand la rédaction de la coutume est officielle, le contenu de la coutume prend la forme d'une loi. L'usage peine ainsi à rester coutume quand il ne prend plus forme à travers l'action du peuple. Il se fige de manière plus ou moins stable en fonction de la nature de la source à laquelle il s'incorpore, tandis que l'action du peuple peut amener, ultérieurement, à le modifier, sous certaines conditions, dans certaines limites (37). Une telle conclusion peut déjà être tirée pour l'ancien droit. Elle est plus vraie encore à partir de la Révolution française, quand la loi commence à régner en maîtresse.

II. L'usage sous le règne de la loi

A partir de la Révolution française le règne voulu sans partage de la loi ne laisse pas subsister grand chose de l'usage (A), si ce n'est en matière commerciale où les usages demeurent fondamentaux, car nous sommes là dans le domaine de la règle internationale, et l'État n'est pas le seul à dicter sa loi. Le monde des affaires a aussi ses impératifs de sécurité juridique, ce que d'ailleurs les États admettent sans difficulté, laissant prospérer des usages commerciaux transnationaux (B).

A. L'usage et la loi

Les usages et les coutumes ont pu s'épanouir et rencontrer un aussi vif succès, notamment au Moyen Age, du fait du déclin des lois (38). A l'inverse le retour et le triomphe de la loi ne manquent pas de provoquer le déclin des usages.

A partir de 1789 puis de la codification, la loi est proclamée la source du droit, non pas seulement la première par ordre d'importance, mais la source exclusive du droit, car la loi a pour elle sa légitimité démocratique, du moins sous la Révolution. Elle répond en effet à un double impératif de justice au sens moral du terme : d'abord, puisque la loi est le produit de la volonté des citoyens, exprimée par

33) Les coutumes doivent être prouvées par un extrait du livre qui les contient et il n'est plus possible désormais de mettre en doute leur existence ni d'alléguer qu'elles ont été modifiées ou supprimées par un usage plus récent, Ordonnance de Montils-les-Tours, art. 125, Isambert, *op. cit.*, tome 9, p. 253.

34) Cf. Merlin, *op. cit.*, v° Usage, t. XVIII, p. 252, § II, II.

35) J. David, « Actes de notoriété et certificats de coutume : d'un droit intercoutumier au droit international privé », *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ*, 2009, p. 315-331.

36) Cf. Merlin, *op. cit.*, v° Usage, t. XVIII, p. 252, § I, I.

37) J. Vanderlinden, *op. cit.*, p. 50.

38) A. Lebrun, *op. cit.*, p. 18.

39) Cf. l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII : « A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les coutumes générales ou locales, les statuts et les règlements cessent d'avoir force générale et particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code ». Voir également l'article 1041 du Code de procédure civile qui décide que « toutes les lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile seront abrogés », ainsi que l'article 2 de la loi du 15 septembre 1807 en matière commerciale, qui vise les « anciennes lois ». Le fait que la majorité des auteurs considèrent que les coutumes comme les usages sont abolis par le Code civil entraîne à nouveau une certaine confusion entre eux et A. Lebrun remarque qu'après la codification, « chaque auteur d'efforce... de faire rentrer dans la définition générale de la coutume qu'il a donnée, toutes les variétés d'usages qu'il rencontre », citant Zachariae ainsi que Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 157-158, n. 152 et p. 292, n. 280.

40) Voir les articles 590, 591, 593, 663, 671, 674, 1648 du Code civil. Sur la question, voir l'ouvrage Une France coutumière. Enquête sur les « usages locaux » et leur codification (XIXe-XXe siècles), L. Assier-Andrieu dir., *Ed. du CNRS*, 1990, 207 p.

41) Dès le 26 juillet 1844 en effet, le Ministre de l'Intérieur adresse aux préfets une circulaire par laquelle il leur demande de recueillir par écrit les usages locaux en vigueur dans leur département. Des commissions furent constituées dans chaque canton sous la présidence du juge de paix et leurs travaux aboutirent à la publication d'un petit recueil renfermant, de manière plus ou moins complète, les diverses règles coutumières en vigueur dans le canton. Cf. A. Lebrun, *op. cit.*, p. 319-320, n. 301.

42) F. Zenati-Castaing, « Le Code civil et la coutume », Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit, *Dalloz*, 2006, p. 615.

43) A. Lebrun note que « tous les usages interprétatifs de conventions » qui sont mentionnés dans le Code civil sont « beaucoup plus [importants] » que les usages locaux, *op. cit.*, p. 312, n. 295. D'autres articles du Code civil font référence aux usages en matière contractuelle. Voir les articles 1736, 1745, 1746, 1753, 1754, 1757, 1758 et 1777.

44) F. Zenati-Castaing, *op. cit.*, p. 629-630. Voilà pourquoi, comme F. Zenati-Castaing le rappelle, les usages locaux ne parviennent pas à devenir des coutumes, parce que le contrat qui les fonde n'a pas été approuvé par l'ensemble des citoyens, *op. cit.*, p. 636, note 103.

45) *Ibid.*, p. 627.

46) L'ouvrage paraît en 1899. Sur cet ouvrage, voir François Gény, mythe et réalités, 1899-1999, Centenaire..., C. Thomasset, J. Vanderlinden et Ph. Jestaz dir., *Dalloz*, et particulièrement l'article de J. Vanderlinden, « Le juriste et la coutume : un couple impossible ? (bis) ou A propos de Méthode d'interprétation et sources, contrepoint au départ d'une image française de la loi et du juge », p. 55. Voir sur la pensée de Gény A. Lebrun, *op. cit.*, p. 181 et s., n. 176 et s., et p. 353 et s., n. 333 et s.

47) J. Hilaire explique que c'est seulement à partir du XIIe siècle qu'apparaissent des éléments favorables à l'émergence d'un droit des marchands : une certaine sécurité retrouvée, l'autorité de certains seigneurs établie si solidement que certains d'entre eux vont pouvoir efficacement protéger les marchands, comme les Comtes de Champagne qui vont faire tenir de grandes foires dans leur province, également une vision nouvelle de l'activité marchande par l'Église, enfin l'organisation des marchands, par différentes formes d'associations et par les foires, ce qui permettra aux marchands de négocier en position de force et d'obtenir plus facilement des privilèges. Cf. J. Hilaire, Introduction historique au droit commercial, *PUF*, Coll. Droit fondamental, 1986, p. 29 et s., n. 10 et s.

48) Ph. de Beaumanoir, *op. cit.*, Chapitre XXV, n° 718.

49) Les exceptions dilatoires sont refusées, les preuves se fondent sur le serment et l'écrit, l'appel est possible mais qui n'est pas suspensif d'exécution, etc.

l'intermédiaire de leurs représentants, elle est le droit qui s'applique à chacun parce que tous l'ont voulu. Les citoyens sont maîtres de leur destinée législative. Elle est ensuite le droit identique pour chacun, la norme qui permet de réaliser et de garantir l'égalité entre les citoyens.

Il est donc logique que les lois révolutionnaires abolissent les usages, au moins dans les domaines qui sont réglés par elles ; et que la codification napoléonienne prétende abolir tous les usages en matière civile (39), puisque les codes ont l'ambition de contenir tout le droit civil. Par principe rien ne subsiste, aucune autre source, si ce n'est par renvoi du code lui-même qui fait parfois référence aux « usages locaux » (40), essentiellement des usages ruraux ou agricoles ou des usages liés à des délais, qui ont comme dans l'ancien droit posé des problèmes de preuve et qui ont fini par être rédigés (41).

Il y a toutefois un domaine dans lequel l'usage semble avoir été sauvé par le codificateur napoléonien, celui du contrat, ce qui fait dire à Frédéric Zénati-Castaing que « la codification est impuissante à tarir la source matérielle de la coutume » (42). Dans son Discours préliminaire, Portalis remarque en effet que le Code, bien que complet, ne peut tout prévoir : « les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ». Et même le Code n'a-t-il pas voulu tout prévoir : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière », dit encore Portalis.

Si bien qu'il reconnaît qu'une « foule de choses sont (...) nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage ». Mais au lieu d'une « foule de choses », c'est en réalité dans trois articles relatifs au contrat que l'usage trouve sa meilleure place (43). Parmi eux, l'article 1135 doit être cité en premier, qui dispose que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais aussi à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Il faut citer ensuite l'article 1160 : « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ». Enfin l'article 1159 précise que ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé.

Ces articles révèlent le seul véritable champ qui soit laissé à l'usage : celui du contrat, celui de l'accord de volontés. Cela peut paraître beaucoup mais c'est en réalité peu de choses, car sur ce point le Code rompt avec la tradition et avec la conception ancienne de l'usage. Pour le codificateur en effet, ce qui donne sa force à l'usage, ce n'est plus la volonté

générale, ce n'est plus le consentement, tacite ou exprès, de l'ensemble de la population. Cette analyse est réservée à la coutume (44). Ce qui donne sa force à l'usage, c'est l'accord entre les parties. L'usage n'accède plus au rang de loi, il devient une convention entre les parties, et c'est en tant que convention qu'il reçoit sa force obligatoire (45). Les auteurs, notamment François Gény dans sa *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (46), auront beaucoup à dire à propos de ces distinctions entre le consentement général qui porte la coutume au rang de loi et la convention particulière qui fonde la force obligatoire de l'usage, mais l'idée à retenir est la suivante : à l'intérieur des frontières de l'État, l'affirmation de la souveraineté politique, par la loi, a heurté de plein fouet l'usage qui se trouve considérablement restreint par le fondement conventionnel qui lui est désormais assigné. Le légicentrisme ne laisse donc logiquement pas subsister grand-chose de l'usage, au moins dans les années qui suivent la codification.

Il est toutefois un dernier domaine où les usages n'ont jamais eu de difficultés à s'épanouir, que ce soit avant ou après la codification, par une remarquable étanchéité aux bouleversements politiques : en matière commerciale, particulièrement internationale.

B. Les usages en matière internationale : l'exemple des usages du commerce

En matière commerciale, dans la vie des affaires, sont aussi apparus au cours du Moyen Age des usages, que l'on appelle indifféremment coutumes des marchands, usages du commerce ou *lex mercatoria*. Ces usages particuliers naissent un peu plus tard que les règles coutumières en matière de droit privé ou de droit civil devrions-nous préciser, seulement à partir du XIIe siècle, quand les conditions favorables sont réunies (47) et surtout que l'idée fait son chemin de l'utilité du commerce ainsi que de la protection qui doit être accordée aux marchands, notamment en justice. Philippe de Beaumanoir dans les coutumes et usages du Beauvaisis fait ainsi valoir à la fin du XIIIe siècle que si les marchands devaient se soumettre aux délais ordinaires en matière civile, ils perdraient trop de temps et risqueraient la ruine, ce qui ne serait ni « le profit des seigneurs ni [celui] du commun peuple » (48), montrant bien qu'il relève de l'intérêt public en quelque sorte que de protéger l'activité commerciale. à la fin du XIIIe siècle rédigés sont nés suivant le même processus que les coutumes de droit mais un peu plus tard, seulement à partir du XIIe siècle.

Les marchands se voient ainsi reconnaître certains privilèges, qui correspondent à la consécration de pratiques commerciales auxquelles il est désormais interdit, en certains lieux, de porter atteinte. C'est en matière de procédure que les usages des marchands sont

d'abord autorisés, pour que ceux-ci profitent, notamment dans les grandes foires de l'Europe médiévale, d'une procédure sommaire avec des délais raccourcis (49), ainsi que de voies d'exécution rigoureuses et certaines, efficaces même en matière internationale (50).

Mais par-delà la procédure, de nombreux autres usages vont se former, suivant la même dynamique que pour les coutumes et usages du droit civil. Les coutumes des marchands vont aussi apparaître, en l'absence d'autres normes, par la répétition de pratiques en certains lieux, notamment dans les grandes foires médiévales. Soit la pratique vient combler une sorte de vide juridique ou plutôt d'oubli juridique, soit les marchands obtiennent des règles dérogatoires au régime seigneurial et même aux statuts des villes, afin de favoriser leur activité.

Ces règles ne tardent pas à être consignées par écrit, dans les statuts des villes italiennes notamment, et les décisions des juges consulaires qui attestent du contenu de ces usages commerciaux sont soigneusement conservées (51). Au départ, comme il s'agit des usages des lieux, ces règles sont fort nombreuses, diffuses. L'on n'y voit point de cohérence. Et pourtant – c'est à partir de là que les usages du commerce se singularisent – apparaissent assez vite des tendances unitaires, dès le XIII^e siècle. Ces tendances sont le fait des juristes formés à l'université, au droit romain, droit des affaires par excellence, qui ayant appris le même droit et travaillant partout en Europe, vont faire prévaloir les mêmes solutions, en matière de contrat d'assurance, de contrat de société, de vente, de mandat (52)... Ces tendances sont aussi le fait des marchands eux-mêmes qui circulent partout en Europe et qui ont besoin, dans un souci de sécurité juridique, que leur soit appliqué partout le même droit. Ces tendances sont encore le fait des grandes sociétés médiévales, les compagnies, qui ont des filiales dans de nombreux pays, et qui aspirent aussi à être régies partout par les mêmes règles.

Ainsi les meilleures règles se dégagent, les mêmes exceptions au droit commun sont réclamées en divers lieux, les principaux contrats ainsi que l'activité bancaire sont réglementés, la défaillance du marchand est prévue et organisée... Du fait des relations commerciales, l'Italie en tête, la France, l'Espagne, l'Allemagne, les Flandres suivent ces règles, même l'Angleterre dans sa *Merchant law* ! Les usages du commerce atteignent une universalité qui va leur donner une immense force (53).

Ces règles commerciales parviennent donc facilement à se maintenir, apparaissant comme des usages transnationaux. Bien sûr, ces usages n'échappent pas à la volonté de la puissance législative de s'approprier le droit qui n'est pas né d'elle, et les usages commerciaux, à l'instar de usages et coutumes de droit civil, sont à leur tour en grande partie repris par les différentes législations nationales, par exemple en France par l'Ordonnance sur le commerce de 1673 (54), mais ce mouvement n'empêche pas de laisser, en matière commerciale, une très grande place aux usages (55), tels qu'on les trouve dans les actes de la pratique, souvent conservés chez les notaires mais aussi repris et systématisés par certains auteurs comme Savary dans le *Parfait négociant* (56), dans les actes de sociétés également, encore conservés chez les notaires ou au greffe des juridictions consulaires, dans les archives privées de sociétés et d'établissements bancaires (57)...

Le Code civil se situe dans la continuité de cette tradition puisqu'il ne fait pas lui non plus disparaître de tels usages (58). En ce domaine, l'intérêt supérieur du commerce, la circulation des marchandises, la satisfaction des besoins et par-delà l'enrichissement de la Nation imposent à la souveraineté politique de ne pas être toujours aussi susceptible et de se taire un peu (59). Ainsi le Code répète à plusieurs reprises qu'il n'abolit pas les usages du commerce, et il l'énonce très clairement en matière de société par exemple, le Code précisant que toutes les règles qu'il prévoit ne s'appliquent que « *sur les points qui n'ont rien de contraire aux lois et aux usages du commerce* » (60). Le Conseil d'État vient rapidement, dès 1811 et de manière générale, confirmer la non-abolition (61), l'État acceptant de donner force obligatoire à des usages qui ne naissent pourtant pas dans l'ordre juridique qu'il pose, parce qu'ils ne naissent pas non plus dans un autre juridique étatique mais bien parce qu'ils sont transnationaux (62).

Ces usages du commerce dont l'autorité est bien connue ne doivent pas faire oublier tous les autres, dont ce n'est pas parce qu'ils ont perdu de leur importance qu'ils ne comptent plus. C'est par l'usage que l'on retrouve cette dimension fondamentale d'un droit issu de la pratique, des citoyens eux-mêmes. Il s'agit certes d'un droit vecteur de tradition et qui peut apparaître comme suranné, mais il est aussi, par sa plasticité, facteur d'adaptation (63). Au-delà surtout et face au poids du droit venu de l'autorité politique souveraine, l'usage demeure une marque essentielle et indispensable de liberté.

50) L'on peut citer en exemple la voie d'exécution de la défense des foires, qui permet dans un premier temps de déclarer le marchand débiteur défaillant et « étranger » fuitif, tandis que l'exécution se poursuit alors auprès de la juridiction du lieu où il se trouve ou, de manière plus efficace encore, du lieu où se trouvent ses biens. Tant que la dette du marchand fuitif n'a pas été exécutée, est prononcée une défense des foires qui interdit à tous les marchands du ressort de la justice « étrangère » de venir commercer au lieu où la dette a été contractée. Cf. J. Hilaire, *op. cit.*, 1986, p. 32-33, n. 13 ; R. Sramkiewicz, Histoire du droit des affaires et des institutions commerciales, *Les Cours de droit*, 1981, t. I, p. 89 et s.

51) Cf. J. Hilaire, Introduction historique au droit commercial, *PUF*, Coll. Droit fondamental, 1986, p. 35, n. 16.

52) Pour des exemples, voir R. Sramkiewicz, *op. cit.*, t. I, p. 91 et s.

53) Cf. J. Hilaire, *op. cit.*, p. 40 et s., n. 20-22.

54) Cf. R. Sramkiewicz, *op. cit.*, t. I, p. 215 et s.

55) Cf. J. Hilaire, *op. cit.*, p. 76.

56) La première édition date de 1675.

57) R. Sramkiewicz, *op. cit.*, t. I, p. 227 et s.

58) *Ibid.*, t. II, p. 444.

59) A. Lebrun remarque que les auteurs qui prennent prétexte de la souveraineté nationale pour refuser toute autorité aux règles issues des usages les admettent en matière commerciale, *op. cit.*, p. 390, n. 367.

60) Art. 1873 Code civil des français. Cf. aussi l'article 2 de la loi du 15 septembre 1807.

61) Avis du Conseil d'État du 13 décembre 1811 : « *Le Conseil d'État est d'avis que les Tribunaux de commerce doivent juger les questions particulières qui se présentent, suivant leur conviction, d'après les termes et l'esprit du Code et en cas de silence de sa part d'après le droit commun et les usages du commerce* », Minutes du Conseil d'État, n° 46.805.

62) Sur cette idée, voir A. Kassis, *op. cit.*, et E. Gaillard, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, *Académie de droit international de La Haye*, juillet 2008.

63) L. Assier-Andrieu, « Le concept d'usage dans la culture juridique. Essai d'interprétation », Une France coutumière, *op. cit.*, p. 187.

Le renouveau dans la preuve des usages : des parères aux opinions de coutume

Pierre Mousseron,
Agrégé des Universités,
Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

1) Aux termes de l'article 9 du Code de procédure civile, « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, Procédure civile, Dalloz, HyperCours, 2009, p. 281 et s.; J. Dupichot, L'adage da mihi factum, dabo tibi jus, Mélanges J.-L. Aubert, Dalloz 2005, p. 425.

2) L'article 199 du Code de procédure civile dispose : « *Lorsque la preuve testimoniale est admissible, le juge peut recevoir des tiers les déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance. Ces déclarations sont faites par attestations ou recueillies par voie d'enquête selon qu'elles sont écrites ou orales.* »

3) Articles 249 à 255 du CPC.

4) Articles 256 à 262 du CPC.

5) Articles 263 à 284 du CPC.

6) Article 56, alinéa 2 du CPC.

7) Pour un arrêt invitant les parties à produire tous justificatifs utiles afin de connaître l'usage en vigueur concernant la durée de la période de référence de la commission de retour sur échantillonnages du VRP prévue par l'article L. 7313-12 du Code du travail : CA Versailles 9 février 2011, n° 09/04368.

8) Ce mode de preuve consistait à rassembler deux groupes de dix personnes qui devaient parvenir à un avis en principe unanime. On a soupçonné cette technique de favoriser des pratiques corruptrices stigmatisées par l'adage de Loysel : « *Qui mieux abreuve, mieux preuve* ». Une ordonnance civile de 1677 a mis fin à l'emploi de cette technique.

Le faible emploi que les juristes font des usages s'explique notamment par des difficultés de preuve.

Ces difficultés probatoires ont une source théorique. L'identification de la nature juridique des usages au regard de la distinction entre les éléments de fait ou de droit est en effet délicate. Or, cette identification est déterminante pour décider si la charge de la preuve des usages incombe au juge ou aux parties en application de l'adage : « *Donne moi les faits, je te donnerai le droit* » (1). Si l'on considère que les usages sont des éléments de fait, le juge pourra les établir grâce au recours à des attestations de témoins (2) ou à des rapports de techniciens (par voie de constatations (3), de consultations (4) ou d'expertise (5)). Si l'on pense que les usages sont des éléments de droit, le rôle du juge sera plus étendu. Toutefois, même dans ce second cas, les parties ne seront pas dispensées de toute présentation des usages. Depuis le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, les parties doivent en effet préciser dans leurs assignations l'objet de leurs demandes « *avec un exposé des moyens en fait et en droit* » et cela sous peine de nullité (6).

La définition des usages comme consistant en des comportements dotés de certaines caractéristiques milite en faveur de la qualification d'élément de fait. Principales responsables de ces éléments, les parties devront donc rapporter la preuve des comportements qui sont l'élément de fait sous-jacent des usages (7). Il appartient ensuite aux juges, après d'éventuelles demandes d'éclaircissements à des techniciens, de décider si les caractéristiques de ces comportements leur paraissent suffisantes pour les élever au rang d'usage.

Nous nous focaliserons sur une seconde difficulté plus matérielle relative aux moyens de preuve des usages. Un regard vers le passé permet d'observer la multiplicité des modes de preuve successivement employés : enquête par turbe (8), actes de notoriété, certificats d'usage, certificats de coutume,... (9). Aujourd'hui, le droit connaît plusieurs instruments permettant d'établir la preuve de comportements juridiques. Le code civil connaît l'acte de notoriété mais réserve son application au droit de la famille

(article 71 en matière de mariage, articles 730-1 et s. afin démontrer la qualité d'héritier). Le droit international privé recourt au certificat de coutume. Contrairement à ce que cette formule laisse entendre, ce document ne porte pas seulement sur les coutumes. Il se définit comme une attestation d'un juriste étranger relative à l'existence, au contenu et à l'interprétation d'une loi étrangère. Certains textes particuliers invitent à y recourir (10). En dehors de ce renvoi, les tribunaux y ont aussi souvent recours spontanément (11).

En droit de l'entreprise, les parties peuvent recourir à plusieurs types d'instruments pour rapporter la preuve d'usages invoqués à l'occasion d'une négociation ou d'un litige. Certains de ces instruments sont créés préalablement à leur invocation (I). Lorsque ces instruments ne seront pas disponibles, les parties peuvent recourir à d'autres créés postérieurement à cette invocation (II).

I Les instruments de pré-constitution de la preuve des usages

Si la pratique des parères semble en perte de vitesse (A), celle des recueils d'usages (B) ou des catalogues de recueils d'usages (C) pourrait connaître une nouvelle jeunesse.

A. Les parères

Du latin « *pareo* » (paraître, se conformer), les parères sont des attestations établies par des chambres de commerce ou des associations professionnelles. La jurisprudence a recouru à ceux établis par l'Association Professionnelle des Banques (devenue Fédération Bancaire Française) (12). Leur utilisation paraît cependant en recul. La FBF a même suggéré de supprimer certains parères qui ne correspondaient plus à des pratiques utilisées (13).

B. Les recueils d'usages

Devant la variété des usages, diverses institutions ont entrepris de les compiler dans des recueils.

Ces recueils sont le plus souvent établis par des autorités administratives indépendantes, nationales ou internationales (14). Il peut aussi s'agir d'associations professionnelles privées (15).

A l'initiative de son Président, le Tribunal de commerce de Paris a aussi entrepris en novembre 1982 d'ouvrir un Bureau de dépôt des usages professionnels pour qu'en cas de litige les parties, les avocats, les experts et les magistrats puissent se référer aux usages communiqués par les professionnels. De 1996 à ce jour, ce Bureau a recueilli environ 250 documents. Il relance régulièrement les déposants pour que ceux-ci mettent à jour leurs recueils. Tous ne contiennent pas nécessairement des usages au sens de pratiques dotées du fait de leur répétition d'une force contraignante. Il s'agit le plus souvent de conditions générales de vente qui tirent parfois leur force contraignante non pas de la répétition de certaines pratiques mais de leur communication en application de l'article L. 441-6 du Code de commerce. Les documents déposés comprennent en outre des codes de déontologie qui s'appuient davantage sur des vœux que sur des pratiques existantes. On peut s'interroger sur les effets attachés à ce dépôt. La première conséquence est un risque de soumission accru du déposant aux usages déposés. Cette première conséquence n'est pas nécessairement de nature à motiver les entreprises à entreprendre cette formalité. Celles-ci pourront espérer un deuxième effet consistant en l'opposabilité des usages déposés à leurs partenaires. La faible publicité attachée aux documents publiés et l'obligation de se déplacer sur place pour consulter ces documents permet de douter de cette opposabilité automatique aux tiers. De ce point de vue, la remarquable efficacité de la publicité des comptes sociaux et des statuts de sociétés reste encore un modèle pour les recueils d'usages.

Le développement d'internet et des moteurs de recherche augmente l'efficacité de ces recueils même si leur éparpillement reste à ce jour un handicap. Celui-ci ne doit cependant pas être exagéré. Ce ne sont pas les recueils qui confèrent la qualité d'usages à des pratiques mais leur répétition. Les recueils n'interviennent en aval que pour faciliter la compilation et la preuve des usages. Dans ce rôle probatoire, l'établissement et la diffusion d'un recueil d'usages ne sauraient établir qu'une présomption simple d'existence et d'opposabilité des usages.

C. Les catalogues de recueils d'usages : la « bibliothèque des usages »

Constatant la faible diffusion des recueils d'usages, plusieurs institutions ont tenté de mettre au point des catalogues de recueils d'usages. En 1979, la

Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Ecrit de la Faculté de Droit de Montpellier a ainsi publié un catalogue des coutumes publiées dans le Midi (16).

En 2011, le Centre du Droit de l'Entreprise de cette même faculté a entrepris de poursuivre ce travail en mettant au point une bibliothèque en ligne des usages. Ce travail poursuit la collection de contrats d'affaires (synallagmathèque) rassemblée par ce Centre. Accompagné d'une veille professionnelle, jurisprudentielle et doctrinale, cette bibliothèque compose la « consuetudithèque » (du latin *consuetudo, inis* : coutume, habitude, usage). Celle-ci complétera les catalogues de coutumes. D'abord, elle ne s'intéresse qu'à des recueils d'usages aujourd'hui en vigueur. Ensuite, elle se focalise sur des usages du droit de l'entreprise. Enfin, elle sera accessible par voie informatique sur le site : cde-montpellier.com.

II. Les instruments de post-constitution de la preuve des usages

En l'absence de preuve établie avant la réalisation d'une opération juridique, les personnes qui souhaitent invoquer un usage devant un juge ou une administration recourent aujourd'hui à des techniques prévues par les textes (A). De façon plus prospective, on pourrait envisager le recours à un type d'instrument *ad hoc* et relativement normé, comme il en existe par exemple en matière d'opinion juridique (B).

A. Les instruments prévus par la loi

1. L'attestation de témoin

En application de l'article 199 du Code de procédure civile, les parties à un litige peuvent verser aux débats des attestations de témoins qui auront pour objet d'éclairer le juge sur des faits litigieux. Ces attestations pourront constituer un premier pas dans l'établissement d'un usage. Ces attestations peuvent émaner de personnes physiques. Dans une affaire dans laquelle il convenait d'établir si les ventes d'eaux-de-vie pouvaient être valablement conclues oralement, l'une des parties produisit ainsi « huit attestations de courtiers exerçant depuis de nombreuses années et dont deux étaient assermentés ». Une autre partie produisit « 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 »... (17) Aussi prestigieuses soient-elles, ces attestations n'établissent que la répétition d'un fait. La reconnaissance d'un usage doté d'une force juridique imposera de définir en outre le champ

9) J. David, Actes de notoriété et certificats de coutume : d'un droit intercoutumier au droit international privé, Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard, Editions Panthéon-Assas 2009, p. 315.

10) Article 2.4.1 de la circulaire n°2006-19 de la Direction des Affaires Civiles et du Sceau du 15 décembre 2006 relative au Règlement européen n°1346/2000 du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité.

11) Pour une application en matière de contrefaçon internationale (Cass. civ. 1^{ère} 30 janvier 2007, n°03-12354) ou de stock-options (CA Paris 10 décembre 2002, Dr. sociétés mars 2003, n°53, note H. Hovasse).

12) Cass. com. 12 décembre 1973, n°72-12979 pour l'évocation d'un parère établissant que lorsque des lettres de change sont acceptées par une personne morale, il est d'usage de ne pas se faire justifier des pouvoirs du signataire.

13) G. Cenac et R. Diaz, Les usages en matière bancaire et financière, in Les usages en Droit de l'entreprise, LexisNexis 2010, p. 127.

14) La Commission du Codex Alimentarius qui est un organe créé conjointement par la FAO et l'OMS a ainsi adopté un code d'usages en matière de bonne alimentation des animaux (N. Ferraud-Ciandet, La Commission du Codex Alimentarius, *JDI* 2009, n°4, octobre 2009, doctr. 10).

15) A propos de l'application des Règles et Usages de la Fédération Internationale du Commerce des Semences : T. com. Tarascon 4 septembre 1998, *Zurich Seguros SA c. Graines Gauthier*.

16) Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit Ecrit de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Montpellier, Fascicule X.

17) TGI de Saintes 2 juillet 1991, *D.* 1992, p. 466, note B. Beignier.

18) TGI Rochefort-sur-Mer 28 février 2001, *M.G. c. SA France Telecom Interactive*.

19) Le jugement de référence qui a défini les devoirs des experts est une décision anglaise *Ikarian Reefer* rendue le 25 février 1993 par le Juge Cresswell à l'occasion d'une procédure durant laquelle leur intervention avait excessivement rallongé la durée d'un procès.

20) *Arbitration and Expertise*, Dossiers Institute of International Business Law and Practice, ICC Publication 1994.

21) J. Poudret, *Arbitration and Expertise*, Dossiers Institute of International Business Law and Practice, ICC Publication, 1994, p. 119.

22) F. Baumgartner, *Les opinions juridiques*, *JCP éd. E* 2005, 124 ; F. Baumgartner et P. Mousseron, *Blanchiment, contrats et opinions juridiques*, *JCP éd. E*, 2006, 2429.

d'application de cette pratique, son invocabilité et sa licéité. Force est de reconnaître que cette analyse n'est pas toujours bien marquée. Dans une affaire où il s'agissait de définir si le spamming était admissible, le Tribunal de Grande Instance de Rochefort-sur-Mer a ainsi simplement jugé « *qu'il résulte des pièces produites aux débats par la SA FTI...et de l'avis du président de l'Internet Society, qu'il existe un usage proscrivant le recours au « spamming » dans les groupes de discussion »* (18).

2 Le constat d'huissier

Un constat d'huissier réalisé en application des articles 249 et suivants du Code de procédure civile pourra aussi établir l'existence d'une pratique répétée. Ce simple constat ne sera cependant pas toujours suffisant lui non plus pour établir l'usage contraignant compte tenu des exigences requises d'une pratique répétée pour quelle reçoive force contraignante.

3 La consultation

« *Lorsqu'une question purement technique ne requiert pas d'investigations complexes* », l'article 256 du Code de procédure civile permet au juge de recourir à un consultant sans lancer une expertise plus lourde et contradictoire. Il semble faire peu de doute que cette « consultation » n'est pas de l'ordre de la « consultation juridique » connue des juristes et des avocats. Elle pourrait, en théorie, porter sur l'existence d'une pratique répétée, et même s'étendre - à la différence du constat d'huissier - sur sa qualification d'usage. Compte tenu de sa portée juridique et parfois de sa complexité, il nous semble toutefois, qu'en pratique, la preuve d'un usage pourra rarement être établie de façon définitive par une consultation au sens de l'article 256 du Code de procédure civile.

4. Le rapport d'expert

Le juge ou l'arbitre peut désigner un expert pour que celui-ci atteste de l'existence d'une pratique et qu'il en précise le champ d'application (marché géographique et professionnel concerné).

Dans les pays de tradition civiliste, l'expert est désigné par le tribunal. En matière interne, les experts qui ne se prononcent que sur les faits ne devront pas être désignés pour établir les usages mais seulement des pratiques que le tribunal pourra qualifier d'usages.

En *common law*, les parties, maîtres des preuves désignent fréquemment des *expert witnesses*. Ces expertises très formatées sont régies par les *Civil Procedure Rules*, certaines décisions de référence (19) et divers codes tels que le *CPR Code*

of Guidance for Experts and Those instructing them publié en 1999 par l'Academy of Experts. Dans la phase précédant l'audience de déposition, les *expert witnesses* sont invités à établir un ou plusieurs rapports le plus souvent sous forme de réponse à des questions. Ils peuvent être invités à répondre à ceux produits par la partie adverse et à se rapprocher de l'expert désigné par la partie adverse afin de mettre au point une déclaration commune. Durant l'audience, les experts déposent devant le tribunal en répondant non seulement au juge mais aussi au conseil de la partie qui les aura désignés (*examination in chief*), au conseil de la partie adverse (*cross-examination*) et enfin à nouveau au premier conseil (*re-examination*). Ces *expert witnesses* ne sont pas des témoins dans la mesure où ils n'attestent pas d'un fait qu'ils auraient eux-mêmes constaté. Ces intervenants garants de l'authenticité suscitent une certaine gêne pour les juristes civilistes dans la mesure où ils sont désignés par une des parties (20).

En présence d'un arbitrage international, l'expert ou l'*expert witness* pourra aller jusqu'à définir les usages dans la mesure où « *pour l'arbitre international, il n'y a pas à proprement parler de droit étranger, mais seulement...des droits qu'il ignore* ». (21)

B. Proposition de recours à un instrument nouveau : l'opinion de coutume

1. Comparaison de l'opinion de coutume et de l'opinion juridique

A compter des années 1970, la pratique juridique américaine a fait émerger un type particulier d'*instrumentum* juridique dont l'objet est de confirmer une réalité juridique et d'assurer que certaines vérifications juridiques ont été effectuées dans le cadre d'une opération commerciale (22). Ces opinions juridiques (*legal opinions*) ont connu un essor remarquable bien au-delà des Etats-Unis notamment en matière d'opérations financières. Ces opinions juridiques ne visent pas les sources de droit sur lesquelles elles se fondent. Elles sont donc généralement silencieuses sur la question des usages ou coutumes.

Compte tenu du besoin de preuve observé dans cette matière, on pourrait proposer un type nouveau d'instrument, l'opinion de coutume, exprimant (comme les opinions juridiques) l'avis d'un professionnel du droit, cet avis portant ici (ce serait là l'originalité de l'instrument) sur la force juridique d'une pratique présentée à l'auteur du document.

Ce document consisterait en un certificat de coutume qui ne porterait que sur des usages et aurait un format relativement normé, à l'instar

de ce que la pratique a développé pour les *legal opinions*. Ce document ne serait pas le constat d'une pratique. L'auteur ne sera pas sollicité pour savoir si la pratique est suivie, mais plutôt pour connaître la force juridique qu'il conviendrait de conférer à cette pratique. Le juriste n'est pas en effet le mieux placé pour savoir si une pratique de fait est régulièrement suivie. En revanche, sa rigueur professionnelle, son expertise et son indépendance seront des atouts pour attester de l'effet juridique attaché à l'existence de ces pratiques répétées.

2. Contenu de l'opinion de coutume

Le document envisagé pourrait successivement évoquer les points suivants :

a) Présentation du comportement constitutif d'une pratique

Cette présentation sera le plus souvent fondée sur des éléments d'information fournis par le client à l'auteur. Ce client connaîtra en effet souvent mieux que le professionnel du droit la pratique sur la nature juridique de laquelle il s'interrogera. Cette présentation précisera notamment les caractéristiques suivantes de la pratique :

- description de son contenu ;
- délimitation de son champ d'application temporel, territorial, professionnel voire ethnique ;
- détermination de son intensité au moyen notamment de références dans des revues professionnelles ou des relevés statistiques ;
- détermination des autorités (administrative ou judiciaire) ayant eu à connaître de cette pratique.

b) Identification du système juridique applicable

En matière internationale, les pratiques soumises à opinion pourront relever de plusieurs droits nationaux. Il faut donc se montrer attentif à identifier le système juridique pris en compte.

c) Affirmation de la force juridique

L'analyse du juriste consistera à apprécier la portée de la pratique et sa qualification d'usage en examinant principalement les questions suivantes :

- *applicabilité* : la vérification de l'applicabilité d'une pratique donnée à un cas particulier consistera à s'assurer que la pratique observée dans un certain champ d'application défini comme indiqué ci-dessus sera applicable à la situation considérée par un client. Ce test ressemble à celui qui doit être réalisé pour apprécier l'applicabilité d'un précédent jurisprudentiel. Il est parfois délicat à réaliser. On s'interroge par exemple sur le point de savoir s'il convient d'appliquer à un contrat les

pratiques observées au lieu de sa conclusion ou dans son ou ses lieux d'exécution (23).

- *invocabilité* (24) : alors même qu'un usage sera matériellement, géographiquement et temporellement applicable, son invocabilité entendue comme la faculté de s'en prévaloir dans un contexte particulier pourra être bridée notamment par une clause de non-application des usages figurant dans un contrat applicable dans ce nouveau contexte. L'absence d'un obstacle de ce type pourra être utilement vérifiée.

- *priorité* : lorsque l'usage étudié entrera en conflit avec une autre règle (un autre usage, une loi, un contrat, un accord collectif...), il conviendra de définir la norme qu'il faudra faire prévaloir.

- *licéité* : bien que répétée, la pratique observée peut soulever des interrogations quant à sa licéité. Tel sera par exemple le cas des barèmes de rémunérations qui peuvent cacher des ententes anti-concurrentielles entre certains professionnels.

- *intensité* : l'usage est susceptible d'une intensité variable. La pratique pourra ainsi exercer un rôle simplement justificateur ou créateur de règle contraignante. Selon une approche similaire à celle qui trouve à s'appliquer en matière d'opinions juridiques (25), le professionnel pourra exprimer un degré de confiance variable sur le caractère contraignant de la pratique. Par exemple, dans le secteur de la grande distribution, certains réseaux accepteraient ainsi de prendre à leur charge les indemnités supportées par les franchisés qui résilieraient leurs contrats avec d'autres enseignes. Cette prise en charge n'existerait cependant que dans certains réseaux et dans certains cas. Il est probable qu'un professionnel ne voudra pas se prononcer sur le caractère contraignant de pareille pratique. Il n'en reste pas moins que la confirmation de la simple existence de cette pratique dans certains cas pourra être une information précieuse pour le candidat à la sortie d'un réseau.

d) Portée, bénéficiaires, confidentialité, engagement de notifier d'éventuels changements

Les praticiens souhaiteront probablement traiter de ces questions dans le corps du document remis à leur client (vraisemblablement à la fin, comme c'est le cas en matière d'opinions juridiques).

3. Opportunité de l'opinion de coutume

a) Doutes sur l'opportunité de l'opinion de coutume

Certains professionnels relèvent d'abord que les usages ont souvent pour fonction de jouer un rôle d'ajustement. Dans ce contexte, les cristalliser dans

23) L'article 1159 du Code civil invite à privilégier « l'usage dans le pays où le contrat est passé ».

24) M. Bourdeau, *L'invocabilité des usages professionnels en matière contractuelle*, RJDA 6/2011, p. 459.

25) F. Baumgartner, *Les opinions juridiques*, article précité, n°11 et s.

26) Rappelons ici que certaines législations médiévales françaises prohibaient dans certains cas le recours à des avocats pour éviter des chicanes ruineuses (J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, n°18).

27) Dans un document mis en ligne le 7 décembre 2010, l'Autorité des Marchés Financiers a ainsi jugé nécessaire de définir la portée de ses différents types d'intervention doctrinale (position, recommandation, pratiques de marchés, rescrit...). Dans le même souci d'adaptation de la règle légale, le Directeur de l'Institut Français de Gouvernement des Entreprises a relevé qu'il était disproportionné et inefficace d'appliquer les mêmes règles à toutes les sociétés cotées (P.-Y. Gomez, L'« effet Gulliver » fausse l'image des sociétés cotées, *Le Monde*, Expertises Economie 23 novembre 2010, p. 3).

28) Dans le secteur des ventes de fonds de commerce de pharmacie, les professionnels observent ainsi que les ratios d'évaluation varient fortement selon la date de la vente et le lieu de l'officine. Les prix varient ainsi entre 7 et 8,4 fois l'excédent brut d'exploitation (*Le Moniteur des pharmaciens*, 20 novembre 2010, p. 43).

29) Cass. com. 19 décembre 2006, 3 espèces dont pourvoi n°05-10197.

30) L'article 231-23, 2° ancien du règlement général de l'AMF énonçait que l'AMF devait examiner le prix « en fonction des critères d'évaluation objectifs *usuellement* retenus et des caractéristiques de la société visée ». Sur le sujet : F. Drummond, Y. Schmidt et B. Husson, Le prix dans les offres publiques, in *Les offres publiques d'achat*, sous la direction de G. Canivet, D. Martin et N. Molfessis, *Litac Droit 360°*, 2009, p. 379, sp. n°758 et s.

31) CA Grenoble 16 septembre 2010, *JCP* 2011, p. 475, note P. Mousseron.

32) Une réponse ministérielle a défini la consultation juridique comme « une prestation intellectuelle personnalisée qui tend à fournir un avis concourant par les éléments qu'il apporte à la prise de décision du bénéficiaire de la consultation et donc distincte de l'information à caractère documentaire qui consiste à renseigner un interlocuteur sur l'état du droit ou de la jurisprudence relativement à un problème donné. » (Rép. min. AN, n°43342, JOAN [Q] 8 juin 1992, p. 2523, *JCP* 1992, V, 95).

un *instrumentum* spécifique leur conférerait une rigidité excessive. L'argument n'est pas dirimant. Il ne s'agit en effet que de se prononcer sur une pratique bien identifiée en un moment et un lieu donné.

De façon plus ambigüe, certains professionnels pourraient préférer ne pas divulguer des pratiques et leur avis sur leur caractère contraignant compte tenu de la (haute) valeur qu'ils attachent à ce savoir, fruit de plusieurs années d'expérience. Ce souci nous paraît parfois exagéré dans la mesure où la fonction du professionnel du droit consiste généralement à partager son expérience. Quoi qu'il en soit, une clause de confidentialité pourra limiter l'invocation de ces informations par un autre professionnel du droit, surtout si ce dernier envisageait de les utiliser contre le client de l'auteur du document.

Une autre réticence s'appuie sur l'appétence limitée du marché juridique pour ce type d'instruments. Le succès des opinions juridiques provient de leur développement dans la pratique financière anglo-saxonne. En l'absence de pratique contemporaine d'établissement des documents proposés ici, l'espoir de les voir se développer en Europe serait faible. L'argument paraît réaliste notamment en des temps de contrainte budgétaire (26). Il néglige toutefois un certain renouveau des usages. A compter du moment où la régularité des opérations dépend de plus en plus de règles dites de place et de bonnes pratiques spécifiques à certains types de sociétés (27), les documents envisagés ici pourraient être d'une véritable utilité. Cela serait par exemple utile pour éclairer les conseils d'administration face à des difficultés telle que celle consistant à définir la liste des documents à mettre à la disposition des administrateurs de sociétés cotées.

b) Utilité de l'opinion de coutume

Trois types de fonctions sont envisageables.

En amont d'une opération, sécuriser la validité d'une clause ou d'un contrat. Un investisseur étranger pourra ainsi vouloir s'assurer qu'un mode d'organisation reconnu dans son pays est aussi conforme aux usages du pays dans lequel il souhaite investir.

En cours d'opération, conforter certaines techniques d'évaluation. Selon les secteurs

d'activité et selon les périodes, on assiste ainsi à des variations notables dans les techniques d'évaluation des droits sociaux et des fonds de commerce (28). Il serait curieux que les acteurs de pareilles opérations ne souhaitent pas obtenir plus de sécurité sur le caractère acceptable des ratios utilisés. Au-delà du confort psychologique, les acteurs économiques peuvent renforcer la validité même de l'évaluation. Dans trois arrêts rendus le 19 décembre 2006, la Cour de cassation a ainsi confirmé l'annulation de clauses de prix selon lesquels les experts devaient suivre « *les règles en usage au sein du mouvement Leclerc* » (29). Les arrêts soumis à pourvoi avaient stigmatisé l'imprécision et la subjectivité de ces méthodes d'évaluation. Ces griefs auraient été moins forts en présence d'une attestation confortant ces pratiques d'évaluation. L'objectif se rapproche ici de celui poursuivi par les « attestations d'équité » qui existent en matière d'offres publiques d'achat (30).

Dans le cadre d'un contentieux, définir le contenu contractuel d'une convention ou justifier un comportement. Un arrêt récent rendu par la cour d'appel de Grenoble illustre l'intérêt de cette dernière fonction (31). Dans cette décision, la cour valide une sentence arbitrale qui avait décidé l'exclusion d'un actionnaire d'une société alors même qu'aucune clause d'exclusion ne figurait dans les statuts de la société. Pour justifier cette solution très atypique, le tribunal arbitral comme la cour d'appel font référence « *aux usages en vigueur dans les réseaux de distribution* ». Ce visa est remarquable dans la mesure où aucune démonstration de l'existence de ces usages n'est évoquée. Dans cette affaire comme dans beaucoup d'autres, la vigueur opportunément reconnue aux usages justifierait certainement une administration de la preuve plus professionnelle.

4. Support de l'opinion de coutume

L'opinion de coutume pourra dans certains cas être intégrée dans des avis verbaux ou dans des conclusions. Sa contribution juridique ressortira cependant plus nettement lorsqu'elle donnera lieu à un acte distinct. Celui-ci sera un type particulier de consultation juridique (32) qui sera communiqué à des clients ou joint à des conclusions. Le cadre proposé dans le présent article pourrait permettre aux avocats et aux consultants sollicités de mieux structurer leur travail et aux clients de mieux en apprécier l'apport.

Le renouveau dans l'application des usages : les conflits d'usages

Aurélie Brès,
Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Montpellier

Sous l'Ancien Droit, le principe gouvernant l'application du droit coutumier était initialement celui de la territorialité des coutumes. La solution devint cependant difficile à mettre en œuvre à partir du XII^e siècle, avec la multiplication des échanges commerciaux entre zones géographiques et la plus grande mobilité de la population, la possibilité de rattacher une même situation juridique à plusieurs territoires permettant d'invoquer l'application de coutumes différentes. L'importance prise par les conflits de coutumes rendit alors nécessaire l'élaboration de règles permettant d'opérer un choix entre les différentes coutumes susceptibles de régir la situation en cause. Ce système de conflit de coutumes, connu sous le nom de « théorie des statuts », proposait notamment de soumettre les questions relatives aux droits réels immobiliers à la coutume du lieu de situation de l'immeuble, et retenait l'application de la coutume du domicile pour toutes les questions relatives au statut personnel. Ces solutions ont en partie contribué à l'édification du droit international privé.

L'adoption d'un système légaliste postérieurement à la Révolution française a consacré la suprématie de la Loi et s'est accompagnée d'une diminution de l'importance des usages avec l'abandon des coutumes provinciales, et donc d'une diminution des conflits d'usages. Les usages conservent cependant une place importante dans certains domaines, et trouvent aujourd'hui de nouveaux terrains d'application. La mondialisation des échanges et la diversité des pratiques professionnelles mettent en présence des usages divers, occasionnant de ce fait de nouvelles situations de rivalité entre usages.

Notre étude portera sur la naissance du conflit d'usages pour identifier les formes que celui-ci prend le plus fréquemment (I), avant de s'intéresser à ses modes de résolution (II).

I. La naissance du conflit

L'étude de la naissance du conflit d'usages suppose de s'intéresser d'abord au conflit territorial, puis au conflit matériel.

A. Le conflit territorial

Différents usages sont susceptibles d'entrer en concours lorsque l'acte juridique concerne plusieurs personnes, en particulier quand ces dernières sont domiciliées dans des endroits différents, chacune ayant alors tendance à se prévaloir des usages du lieu de son domicile. De même, l'exécution du contrat s'opère fréquemment dans un lieu différent

de celui où il a été conclu, notamment lorsqu'elle a été différée, ou qu'elle se déploie dans le temps, comme dans les contrats de durée. La question se pose alors de savoir si l'exécution du contrat doit rester gouvernée par les usages du lieu de formation du contrat, ou bien si les usages du lieu d'exécution peuvent recevoir application, en particulier lorsque ces usages diffèrent et que l'une des parties trouve davantage d'intérêt à l'application de l'un ou l'autre usage. La détermination des usages applicables pose encore difficulté lorsque le lieu de formation de l'acte juridique diffère du lieu où se situe le bien immeuble qu'il concerne. Le conflit d'usages prend alors essentiellement la forme d'un conflit territorial.

1. Les conflits entre usages dotés d'un champ d'application territorial équivalent

Les conflits peuvent d'abord se nouer entre usages dotés d'un champ d'application territorial équivalent, lorsqu'une situation juridique peut être rattachée à différents secteurs géographiques, ou dans les zones situées à la frontière des secteurs géographiques où ont cours des usages divergents. Les hypothèses de conflit entre usages internationaux au sein d'un même secteur d'activité restent très marginales. Dès lors que l'usage international est par définition suivi par une majorité de personnes dans une branche d'activité, la coexistence d'usages concurrents de dimension internationale dans un même domaine semble assez difficile. Les conflits entre usages locaux ou usages nationaux sont en revanche susceptibles de survenir plus fréquemment.

Une rivalité s'instaure ainsi parfois entre des usages locaux normalement applicables dans des aires géographiques différentes, en particulier dans les secteurs situés aux frontières de ces zones respectives. A l'époque médiévale, la coexistence de coutumes régionales, de coutumes de bailliage et de prévôté, de coutumes particulières concernant des territoires très limités (1), occasionnait beaucoup de conflits de coutumes (2). L'enchevêtrement des coutumes locales était tel qu'il finit par susciter un mouvement de « réformation » tendant à harmoniser les coutumes d'un même ressort (3). Aujourd'hui, la disparité des pratiques rurales, par exemple, est de nature à susciter des conflits d'usages dans les zones limitrophes. Relevés par les Chambres d'Agriculture, sur l'impulsion de la loi du 3 janvier 1924 (4), les usages ruraux diffèrent notamment relativement aux procédés de bornage et à l'imputation de la charge des frais de bornage, quant à la hauteur des clôtures et à la charge des

1) Sur ce point, La coutume au village dans l'Europe médiévale et moderne, *PUM* 2001 ; J. Hilaire, Introduction historique au Droit commercial, *PUF* 1986, not. n°20.

2) M. Grinberg, *Ecrire les coutumes*, *PUF* 2006, p. 93 s.

3) D. Alland, *Dictionnaire de la culture juridique*, *PUF* 2003, v° *Coutumes françaises*, spéc. n°328 s.

4) *JO* 4 janv. 1924, p. 130, *auj. art. L. 511-3 in fine C. rur.*

5) Sur les usages consulaires, D. Lebeau, *Jcl Procédure civile*, Fasc. 411, mai 2009, n°30.

6) CPC, art. 42 et 46.

7) CPC, art. 48.

8) Par ex. Versailles, 14 mars 2002, *Dr. et patr.* 2002.116, obs. P. Mousseron.

9) Sur ces usages, P. Schlechtriem, C. Witz, *CVIM, Dalloz* 2008, spéc. n°103 ; J.-M. Jacquet, P. Delebecque & S. Corneloup, *Droit du commerce international, Dalloz*, 2^e éd. 2010, n°34 s.

réparations de clôtures. L'hétérogénéité constatée entre les différents départements se retrouve au sein même de chaque département.

Les usages locaux entrent encore en concurrence à l'occasion du choix du lieu de conclusion d'un contrat, de passation d'un acte juridique, ou de réalisation d'actes judiciaires. La coexistence d'usages différents invite en effet à procéder à une comparaison et à l'élection des usages les plus avantageux. L'observation d'usages divers au sein des différents tribunaux de commerce (5) peut ainsi conduire le demandeur à une action à introduire sa demande devant le tribunal dont les usages sont les plus favorables à sa cause, de préférence aux autres tribunaux que les textes lui permettent de saisir (6). La recherche de la pratique la plus avantageuse est encore susceptible d'amener les commerçants parties à un contrat à insérer dans ce dernier une clause attributive de compétence territoriale (7).

D'autre part, bien que le champ d'application des usages nationaux se limite en principe au seul territoire du pays dans lequel ils sont régulièrement suivis, l'observation d'un usage national est souvent sollicitée dans le cadre de situations transfrontalières ou transnationales, et même de situations internationales, dès lors que celles-ci comportent des éléments de rattachement à un Etat donné. Des usages divergents, propres à un pays particulier, peuvent ainsi être invoqués concurrentement lorsqu'une situation juridique peut être reliée à des Etats différents, chaque partie recherchant l'application de l'usage qui lui est le plus favorable, lequel sera fréquemment celui de l'Etat dont elle est ressortissante.

En réalité, la nature même des usages favorise les conflits relatifs à la délimitation de leur champ d'application territorial. Parce qu'ils naissent de la pratique et non de la loi, leur domaine n'est pas défini avec précision et peut évoluer dans le temps de manière contingente, en fonction des comportements adoptés spontanément par les sujets de droit. La définition de leur portée territoriale relève de constats empiriques et se trouve dès lors davantage sujette à contestation que si elle était fixée par les textes.

2. Les conflits entre usages dotés d'un champ d'application territorial différent

Les usages peuvent encore entrer en conflit lorsque leur champ d'application territorial se recoupe au moins en partie, et qu'ils intéressent des situations identiques, alors qu'ils reflètent des pratiques différentes. Des conflits se développent ainsi parfois entre des usages suivis sur un espace restreint, et des pratiques plus générales qui s'appliquent majoritairement sur le territoire plus vaste au sein duquel celui-ci est situé.

Dans la mesure où le secteur géographique dans le cadre duquel s'inscrit un usage local est par principe situé sur le territoire d'un Etat, des conflits peuvent voir le jour entre des usages de dimension nationale et des usages simplement locaux. L'observation d'un usage local se présente comme une dérogation à la mise en œuvre des usages généraux qui ont cours sur le territoire national. L'application d'un usage national différent de l'usage local est cependant parfois réclamée au sein même du secteur dans lequel ce dernier a vocation à être respecté. En l'absence d'accord

des parties concernées sur l'usage applicable, la nécessité d'un choix entre ces usages concurrents invite à se demander si l'existence d'usages locaux doit conduire à écarter les pratiques contraires prédominantes sur le territoire national. La question se pose par exemple de savoir s'il est possible de se prévaloir d'un usage généralement suivi en matière de transport dans un pays donné, pour s'opposer à l'application d'un usage purement local, suivi seulement dans une région ou même dans un port (8). L'observation plus générale de l'usage national semble conférer à celui-ci une certaine légitimité, parce qu'elle témoigne d'un consensus autour de son application, et tend à démontrer qu'il est possible de le suivre dans d'autres endroits en dépit des spécificités locales. Le rattachement de l'usage local à un territoire donné suggère néanmoins une meilleure adaptation aux spécificités du lieu.

La coexistence d'usages locaux ou nationaux et d'usages internationaux (9) réglant des situations juridiques similaires suscite des interrogations identiques. Il convient ainsi de déterminer s'il est possible de revendiquer l'application d'un usage national dans un contexte international, ou si, à l'inverse, l'observation d'un usage international peut être sollicitée sur le territoire où ont cours des usages locaux ou nationaux.

B. Le conflit matériel

Le conflit sera essentiellement d'ordre matériel, même s'il s'inscrit en principe sur un territoire, lorsque les usages sont susceptibles d'être invoqués concurrentement dans un même contexte, bien qu'ils n'intéressent pas en principe les mêmes personnes, ni les mêmes situations ou activités. La discussion porte alors, non pas tant sur le champ d'application territorial respectif des différents usages, que sur leur champ d'application matériel, et leur vocation à régir une situation donnée.

1. Les conflits entre usages professionnels

Un conflit d'usages peut naître dans le cadre des relations nouées entre des personnes relevant de professions ou de secteurs d'activité différents, et qui, dans le cadre de cette relation interprofessionnelle, se prévaudraient d'usages propres à leur profession, pour la mise en œuvre de prérogatives déterminées, ou le bénéfice de modalités particulières de formation ou d'exécution d'un contrat, comme des délais de livraison, des modalités de détermination du prix, de délivrance ou de réception de la chose. Des différends peuvent encore survenir relativement aux modalités de communication des conditions générales de vente des fournisseurs, dès lors que cette communication s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession aux termes de l'article L. 441-6 c. com., et que des usages distincts sont susceptibles de se développer selon les professions.

La conclusion d'accords interprofessionnels permet parfois de prévenir les situations de concours entre usages en fixant une règle commune aux professions en cause. Ainsi, selon l'article L. 442-6, I, 5 c. com., la durée minimale de préavis devant être respectée à l'occasion de la rupture d'une relation commerciale établie est déterminée, en référence aux usages du commerce, par des

accords interprofessionnels. Le recours à des accords interprofessionnels est cependant loin d'être systématique. Seuls quelques accords interprofessionnels sont ainsi venus fixer la durée minimale du préavis de rupture envisagée par l'article L. 442-6, I, 5 c. com., dans le secteur du bricolage (10), du pétrole (11), de la publicité (12) ou de l'imprimerie (13), par exemple. L'harmonisation de la totalité des usages professionnels susceptibles de s'appliquer aux relations interprofessionnelles serait en tout état de cause difficile.

2. Les conflits entre usages généraux et usages spéciaux

L'application d'un usage général à une situation qui fait ordinairement l'objet de pratiques spécifiques est encore parfois sollicitée, parce que la généralité de cet usage le rend potentiellement applicable à des situations particulières. La rivalité entre usages s'exprime ainsi encore entre des usages spéciaux propres à une activité ou à une situation donnée et des usages d'application plus générale. La formulation générale de certains textes renvoyant aux usages favorise en outre la formation du conflit d'usages, en autorisant l'invocation concurrente d'usages relatifs à des secteurs d'activité distincts.

II. La résolution du conflit

Le conflit d'usages est susceptible d'être résolu à l'aide de critères objectifs tenant aux caractéristiques de l'activité concernée ou de la relation contractuelle, ou aux particularités des usages en cause, mais aussi au regard de considérations plus subjectives.

A. Les modes de résolution objectifs

Si l'on prête aux usages une valeur normative, il semble possible de se référer aux règles de conflit de lois pour résoudre un conflit d'usages (14), ces règles permettant de dénouer des situations de concours entre des normes juridiques, même si les lois sont dotées d'une valeur normative bien supérieure.

1. La transposition des règles de conflit de lois

Les solutions applicables aux conflits de lois supplétives peuvent ainsi guider la résolution du conflit d'usages. L'examen de ces règles invite à faire prévaloir l'usage spécial sur l'usage général, et notamment les usages spéciaux à une profession sur les usages généraux. Il est ainsi fréquemment soutenu que par transposition de la règle selon laquelle la loi spéciale déroge à la loi générale, l'usage local devrait primer sur l'usage national, du moins dans les limites de son champ d'application territorial. Les hypothèses dans lesquelles des usages locaux prévalent sur des usages nationaux ne sont effectivement pas rares en pratique. La jurisprudence fait par exemple souvent prévaloir des usages rattachés à une ville ou à un port, sur des usages nationaux (15). Il serait également possible de transposer les règles de conflit de lois dans le temps pour faire prévaloir l'usage postérieur sur l'usage antérieur, cependant dans la mesure où seule la répétition d'une pratique

dans le temps et sa généralité lui permettent d'acquérir la force d'un usage, les hypothèses de conflit temporel entre usages restent assez limitées, l'adoption d'une pratique nouvelle s'accompagnant en principe du déclin de la pratique antérieure.

Pour résoudre le conflit d'usages, il est encore possible de s'inspirer des règles permettant de désigner la loi applicable lorsque différents systèmes juridiques nationaux se trouvent en concurrence pour connaître d'une situation donnée, dans le cadre de relations transnationales ou internationales, qui sont notamment posées par le Règlement communautaire Rome I du 17 juin 2008. La transposition des solutions retenues en matière de conflits de lois semble se justifier dès lors que les règles de conflit de lois ne désignent pas seulement une loi nationale, mais un système juridique dans son ensemble, comprenant toutes les règles juridiques en vigueur dans un Etat donné, même celles dont la source n'est pas législative mais professionnelle (16). Les usages, compris comme des pratiques répétées constitutives de normes juridiques, participeraient ainsi d'un système juridique.

Le règlement Rome I dispose qu'à défaut de choix de loi applicable par les parties, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle, mais réserve l'hypothèse dans laquelle le contrat présenterait des liens manifestement plus étroits avec un autre pays, lequel sera souvent celui où le contrat est exécuté, mais pourra être encore le lieu de prise de décision, à partir duquel l'exécution du contrat est programmée ou contrôlée. La transposition de cette règle conduirait à privilégier les usages du lieu d'exécution, de préférence à ceux du lieu de formation du contrat. La préférence pour l'usage du lieu d'exécution se justifierait d'ailleurs dès lors que l'usage a vocation à refléter la pratique, puisque la pratique s'observe plus logiquement dans le pays où le contrat est exécuté (17). Si l'article 1159 C. civ. semble retenir une solution contraire, dès lors qu'il renvoie aux usages du pays où le contrat est passé, le texte n'a en principe vocation à s'appliquer qu'en présence d'une ambiguïté dans la rédaction du contrat. Les textes relatifs aux conflits de lois connaissent par ailleurs des règles de conflit spéciales aux contrats d'assurance, de travail, de consommation et de transport, en raison de la spécificité de ces derniers, dont il serait encore possible de s'inspirer.

La portée normative des usages est cependant discutée. Selon une position doctrinale, les usages seraient de simples pratiques contractuelles sans portée normative, des données purement factuelles, ce qui interdirait de les intégrer dans la hiérarchie des normes (18). Quand bien même elles affecteraient l'ensemble des normes d'un système juridique et non ses seules dispositions législatives, les règles de conflit de lois n'intéresseraient donc pas les usages. Si cette opinion reste relativement minoritaire, elle semble néanmoins trouver un certain écho en jurisprudence, certaines décisions refusant d'assimiler les usages professionnels aux autres normes juridiques, tout au moins dans le contexte d'un conflit de lois. La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi affirmé qu'un usage professionnel ne constituait pas une

10) Accord FMB/UNIBAL, visé par ex. dans Douai 20 nov. 2007, n°07/05217 et Com. 2 déc. 2008, Bull. IV n°201 ; Code de Bonne Conduite, 20 sept. 1993.

11) AIP, 12 janv. 1994.

12) Contrat type du 19 sept. 1961. V. aussi Versailles, 5 févr. 2009, *RJDA* 2009, n°897.

13) *Usages professionnels et CGV*, FIGG. Ce document élabore dans ses articles 202 et s. des durées de préavis en fonction de tranches de chiffre d'affaires.

14) En ce sens, M. S. M. Mahmoud, *Usages commerciaux*, *Rép. com.* 2007, n°58 ; L. Maupas, *JCP N* 2009.1113.

15) Com., 27 févr. 1973, *Bull. IV* n°106.

16) En ce sens, P. Coursier, *Jcl Travail Traité*, Fasc. 19-64, janv. 2009, n°17.

17) M. Gainet-Deligny & P. Riboulin, *Les usages en matière de commerce international*, in *Les usages en Droit de l'entreprise*, *Litec* 2010, p. 137 s.

18) Comp. A. Kassis, *Théorie générale de l'usage de commerce*, *LGDJ* 1984, p. 578.

19) Soc., 12 nov. 2002, D. 2003.387 & 2004.661.

20) P. Coursier, TPS 2003 n°4, p. 31 ; F. Jault, RCDIP 2003.446 ; J.-M. Olivier, TPS 2001 n°10, p. 17.

21) Ch. Pamboukis, The concept and function of usages..., JLC, Vol. 25, p. 107 s.

22) V. Principes Unidroit, art. 1.9, Usages et pratiques, 2, et Com. 4 ss art. 1.9, Autres usages applicables ; J.O. Honnold, Uniform Law For International Sales, 3^e éd. 1999, 128 ; K. H. Neumayer & C. Ming, CVIM, Commentaire, CEDIDAC 1993, 119.

23) S. Chatillon, Le contrat international, Vuibert, 2^e éd. 2006, p. 15 s. ; J.-M. Jacquet, Le contrat international, Dalloz, 2^e éd. 1999, p. 8 s.

24) V. Conclusions P. Léger, 22 sept. 1998, CJCE Aff. C-159/97, n° 124 s. Comp. L. E. Trakman, The law merchant, Wm. S. Hein Publishing, The modern Law merchant, 1983, p. 33 s.

25) M.J. Bonell, Die Bedeutung der Handelsbräuche..., in Oesterreichische juristische blaetter, 1985, 389 & 391 ; P. X. Bout, Trade Usages..., 1998.

26) J. J. Maquet, Droit coutumier..., JSA 1965, t. 35, fasc. 2, 411 s.

27) L'article L.145-9 C. com. se réfère désormais au trimestre civil.

disposition légale impérative au sens de l'article 6 de la Convention de Rome (19), désormais Règlement Rome I, qui disposait que le choix par les parties de la loi applicable ne pouvait avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives plus favorables de la loi du lieu d'exécution. La solution a néanmoins été critiquée (20).

2. L'émancipation des règles de conflit de lois

La résolution du conflit d'usages par transposition des règles de conflit de lois rencontre en tout état de cause des limites.

Certaines circonstances devraient ainsi conduire à faire primer l'usage général sur l'usage spécial, et l'usage international sur l'usage simplement national. Si les usages spéciaux ont en principe vocation à évincer les usages plus généraux, l'usage le plus général a à l'inverse vocation à s'appliquer lorsque la relation lie des contractants qui n'exercent pas la même profession ou relèvent de secteurs d'activité distincts, ou bien lorsqu'elle s'inscrit dans un cadre international.

Si l'analogie avec la règle *specialia generalibus derogant* invite à préférer l'usage propre à une profession lorsqu'aucune relation contractuelle n'est en cause ou que les parties exercent la même activité, en revanche, lorsque les parties appartiennent à des professions différentes et que rien ne justifie de privilégier l'une d'entre elles, les usages interprofessionnels, communs aux deux professions, devraient l'emporter sur les usages particuliers à l'une d'entre elles. La solution retenue par l'article L. 442-6, I, 5° C. com. paraît à cet égard significative.

Des considérations similaires justifient que l'usage international l'emporte en principe sur les usages purement nationaux dans le cadre de relations transnationales ou internationales (21). L'usage international est en principe défini comme celui qui est largement connu dans le cadre international, et qui est observé de manière régulière par les contractants ou par ceux qui relèvent de son champ d'application (22). Le caractère international de l'usage n'interdit cependant pas qu'il trouve son origine dans une pratique initialement purement locale ou nationale, qui se serait par la suite imposée dans l'ordre international.

L'application d'un usage purement national dans le cadre d'une relation transnationale pourrait en effet favoriser le contractant issu du pays concerné, au détriment de son partenaire, par exemple parce qu'elle imposerait des modalités d'exécution du contrat plus simples à réaliser au sein de ce pays qu'à l'étranger. La primauté de l'usage international sur l'usage simplement national permet donc d'assurer une certaine égalité entre les parties en présence en les soumettant à une règle plus neutre. Cette solution ne devrait dès lors être écartée que lorsqu'il convient de protéger plus particulièrement l'une des deux parties. Par ailleurs, selon une position doctrinale, les situations internationales se distingueraient des situations purement internes, car elles seraient d'une nature différente (23), ce qui justifierait qu'elles soient dotés d'un régime distinct, et qu'elles soient régies par des usages propres (24).

La résolution du conflit d'usages ne se solde toutefois pas toujours par le choix positif d'un usage.

Il est ainsi parfois jugé que l'existence d'usages différents susceptibles de régir une même situation commande d'exclure l'ensemble de ces pratiques.

L'exclusion des usages concurrents devrait selon l'avis général conduire à se référer au droit commun, qui a vocation à s'appliquer en l'absence de règle spéciale dérogatoire. Une telle solution est surtout préconisée dans le cadre de l'analyse des textes internationaux renvoyant à l'application des usages dans certaines de leurs dispositions, comme la CVIM, les Principes Unidroit, ou le Règlement Bruxelles I. Différents auteurs estiment ainsi qu'en cas de conflit entre les usages évoqués à l'article 9, 2) de la CVIM, ces derniers devraient s'exclure mutuellement (25), pour laisser place à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé ou aux principes généraux visés à l'article 7 de la Convention.

Le fondement de cette exclusion reste cependant incertain, sauf à considérer qu'en présence d'usages concurrents et en l'absence de stipulation contractuelle, l'accord des parties n'a pas pu se fixer sur le principe de l'application d'un usage donné. Une telle explication suggérerait toutefois que les usages ne sont pas dotés d'une force contraignante ou incitative propre, leur autorité reposant uniquement sur la volonté implicite des parties. Or, cette conception n'emporte pas l'adhésion unanime de la doctrine, et ne semble pas rendre compte de la réception des usages en jurisprudence, de nombreuses décisions admettant l'application des usages sans référence à la volonté des parties. L'exclusion des usages contraires procède néanmoins parfois seulement d'une volonté de simplification, devant la complexité des usages en présence ou la difficulté d'en avoir une connaissance satisfaisante. Le retour au droit commun offre alors la garantie d'une solution équitable et éprouvée (26). Dans sa rédaction d'origine, l'article 5 du décret du 30 septembre 1953 relatif aux baux commerciaux, par exemple, se référerait aux usages locaux en indiquant que ces baux ne cessaient que par l'effet d'un congé donné suivant les usages locaux. Ces deniers étant très variables selon les villes ou les régions, la règle était source de difficultés en pratique. La suppression de la référence aux usages par la LME du 4 août 2008 (27) témoigne ainsi d'un souci de simplification. Dans la même optique, le projet de nouvelle rédaction des usages du courtage d'assurances terrestres propose de supprimer la distinction entre usages parisiens et usages lyonnais. La résolution du conflit d'usages par exclusion mutuelle des usages concurrents ne saurait cependant être généralisée, sous peine de voir le champ d'application des usages se réduire considérablement, l'usage se trouvant systématiquement écarté dès lors qu'il entre en conflit avec un usage concurrent.

B. Les modes de résolution subjectifs

La prise en compte de critères subjectifs dans la détermination de l'usage applicable devrait néanmoins conduire à nuancer quelque peu les solutions dégagées en application de ces règles

objectives. La considération de la situation particulière de l'une des parties, débitrice de l'obligation ou en position de faiblesse par rapport à son cocontractant, peut d'abord conduire à écarter l'usage qui aurait été suivi en application des règles de conflit objectives, pour privilégier les usages les plus favorables à cette dernière.

1. L'application de l'usage le plus favorable à l'une des parties

Parce que l'article 1162 du Code civil invite à interpréter la convention en faveur de celui qui a contracté l'obligation, il serait possible de considérer que la résolution du conflit d'usages ne doit pas se faire au détriment de la partie qui occupe la position de débiteur relativement à une obligation donnée. Une première réserve peut cependant être formulée concernant la portée attribuée à la règle issue de l'article 1162, laquelle semble commander d'interpréter la convention à l'encontre de celui qui est à l'origine de la stipulation, autrement dit de celui qui a rédigé l'acte, et non à l'encontre de tout créancier. Une seconde objection touche la possibilité même de se référer à la règle posée par l'article 1162 pour trancher un conflit de lois ou d'usages. Comme le révèle le texte même de l'article, qui vise l'hypothèse d'un doute relatif au sens de la convention, l'article 1162 se présente comme une règle d'interprétation qui n'a vocation à mise en oeuvre qu'en cas d'ambiguïté de la convention. Son application devrait dès lors être écartée en présence d'un accord dont le contenu et la portée sont parfaitement établis.

La préférence affichée pour l'une des parties dans le choix de l'usage applicable devrait en conséquence se manifester plutôt en présence d'un contractant en position de partie faible, comme le consommateur. Le développement de règles protectrices de la partie faible ou plus généralement de la personne vulnérable milite pour l'application des usages les plus favorables à ces dernières dans les situations juridiques auxquelles elles sont confrontées, ou dans les relations contractuelles où elles sont engagées. La protection se manifesterait alors dans la sélection de l'usage applicable. Si l'importance des règles impératives en la matière laisse en principe peu de place à l'application des usages, ces derniers occupent cependant parfois une place non négligeable, notamment dans le cadre des relations de travail.

2. L'application de l'usage connu des deux parties

Une autre solution consisterait à privilégier l'application de l'usage dont les deux parties en présence ont connaissance, de préférence à celui qui n'est connu que d'une seule d'entre elles. Le critère de la connaissance de l'usage trouve en effet un fondement dans des dispositions textuelles soumettant l'application de l'usage à sa connaissance effective par les parties. Cette exigence est notamment posée par la CVIM

dans son article 9, 2), qui admet l'application des usages à condition que les parties en aient eu connaissance ou auraient dû en avoir connaissance. Le Règlement communautaire n° 44/2001, dit «Bruxelles I» (28), précise quant à lui que dans le commerce international, la convention attributive de juridiction peut être conclue sous une forme qui soit conforme à un usage largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce, pour des contrats de même type dans la branche commerciale considérée, si les parties avaient connaissance de cet usage ou étaient censées en avoir connaissance.

Cette connaissance pourrait s'induire de l'appartenance à une même profession, ou du fait que les contractants exercent leur activité dans le champ d'application territorial de l'usage (29), encore que ces circonstances soient de nature à diminuer les risques de conflit d'usages.

Nombre de commentateurs estiment que l'exigence d'une connaissance de l'usage traduirait l'influence de la théorie subjective, qui rattache l'application des usages à la volonté implicite des parties, alors que la théorie objective leur reconnaît une autorité propre et admet qu'ils puissent s'appliquer indépendamment de la volonté des parties (30). Il est en effet difficile de se référer à la volonté implicite des parties lorsque l'une d'entre elles ignorait l'existence de l'usage.

L'exigence d'une connaissance effective de l'usage répond encore à un souci de protection de certains contractants, en particulier des ressortissants d'un pays en voie de développement. Lors de la rédaction du texte de la CVIM, certains pays s'étaient opposés à ce que les usages soient déclarés applicables indépendamment de la volonté des parties. Dans la mesure où la plupart des usages du commerce international trouvent leur origine dans les pays occidentaux industrialisés, ils soutenaient que les ressortissants des autres pays, qui n'ont généralement pas une connaissance suffisante de ces usages, se seraient trouvés désavantagés si ces derniers avaient été applicables du seul fait qu'ils soient régulièrement observés dans la branche commerciale considérée. Dans cette perspective, le choix de l'usage connu des deux parties se présenterait donc encore comme un moyen de protéger la partie qui bénéficierait d'une connaissance moins poussée des pratiques commerciales, et qui se trouverait donc d'une certaine manière, à cet égard, en position de faiblesse. Un souci d'équité pourrait plus généralement justifier cette solution.

Les préoccupations qui animent actuellement notre droit, comme le souci d'harmonisation des normes, ou de protection de la partie faible, par exemple, semblent ainsi devoir se retrouver dans les règles qui président à la résolution du conflit d'usages. Si les solutions apportées aux conflits de coutumes dans l'Ancien Droit avaient en grande partie contribué à l'édification du droit international privé, aujourd'hui ce sont peut-être les solutions fixées par le droit international privé qui pourraient guider la résolution du conflit d'usages.

28) *JOCE* L 012, 16/01/2001 p. 1-23, spéc. art. 23.

29) Pour une application de cette exigence, Oberster Gerichtshof, 10 Ob 344/99g, 21 mars 2000, *Rec. jurisp. CNUDCI* 27 mai 2003, Décision 425.

30) Ch. Pamboukis, P. X. Bout, & M.J. Bonell, préc. ; C.M Bianca and M.J. Bonell, *Commentary on usages and practices*, in *Commentary on the international sales law*, 1987.110.

Le renouveau des usages en matière financière : des règles et usances aux contrats ISDA

**Sébastien Praicheux,
Docteur en Droit**

1) E.-J. Swan, « Building the Global Market : a 4 000 Year History of Derivatives », *Kluwer*, 2000.

2) Le lecteur peut s'il le désire, se reporter à notre article sur le sujet et aux références citées : S. Praicheux, « La réforme de la titrisation, d'un point de vue critique », *Bulletin Joly Bourse*, 2009, n°2, p. 144.

3) Art. L. 214-43, C. mon. fin.

4) Cass. civ. 1, 15 févr. 1972 (pourvoi n° 70-12756, inédit au Bulletin) à propos d'une limitation du droit de recours sur les cautions à leur patrimoine situé dans un pays (Algérie). Source : www.legifrance.gouv.fr

5) International Swaps and Derivatives Association, pour les produits dérivés.

6) International Capital Market Associations, pour les opérations de pension livrée en particulier. Il existe d'autres associations, nationales ou internationales, dans ces secteurs, ainsi qu'en matière de prêts de titres ou de financements (la *Loan Market Association*, au premier chef).

7) Il fut un temps certes où le Code monétaire et financier conditionnait l'octroi de droits dérogatoires aux procédures collectives à la conclusion d'une convention-cadre de place de produits dérivés, ce qui conférait à ces conventions une forme de « normativité juridique » (anciennes dispositions des articles L. 431-7 et suivants du Code monétaire et financier).

8) V. p. ex. décision du 22 mars 2005 concernant l'acceptation des contrats de liquidité. V. en matière de visa, les montages « innovants » comme les actions traçantes d'Alcatel par exemple.

9) Ce fondement figure par exemple au second considérant de la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 sur les contrats de garantie financière, telle que modifiée.

10) Il en est de même pour les quotas de pêche, nouvelle égérie de la Commission européenne, établie sur le modèle des quotas de CO2 : cf. P. RICARD, « La Commission

Le droit financier s'est construit autour de deux usages : la monnaie et les marchés. C'est en effet progressivement, par des usages, et non directement par la loi, que la force obligatoire des transactions sur les marchés a été reconnue (1).

De même, sur les marchés financiers, il n'est question que d'obligations de paiement, de flux *monétaires*, qu'il s'agisse d'actions, d'obligations (qui sont des titres représentatifs d'un prêt) ou même des produits dérivés.

Or avant d'être légal, le cours de la monnaie était d'abord usuel. Il faut relire Aristote, dans son livre second de la *Politique*, pour y retrouver les débats auxquels donnèrent lieu la substitution de la monnaie au troc : cette substitution, acceptée par les commerçants, fut critiquée par le philosophe pour qui la monnaie ne possède aucune valeur en soi, sauf à travers les biens qu'elle permet d'acquérir ; on voit poindre les critiques que l'on retrouve aujourd'hui à propos des dérivés, qui à travers la spéculation, placent la monnaie au cœur de l'échange.

En droit financier, les traces des usages sont visibles partout (I) et servent aussi bien à qualifier les produits qu'à les régir (II).

I. Apparition des usages

Comme partout ailleurs, les usages naissent d'abord des pratiques, des opérations. Et à l'évidence le lieu de prédilection de ceux-ci n'est pas le marché réglementé mais plutôt ce que l'on appelle le « gré à gré », autrement dit le *contractuel*, qui représente l'essentiel des opérations sur les marchés dérivés et sur le marché secondaire des titres de créance. En abandonnant le concept de « bourse », en tant que lieu unique et central de cotation, la directive sur les marchés d'instruments financiers a inéluctablement ouvert la porte à de nouveaux usages.

Les usages sont parfois repris, voire reconnus par la loi : c'est le cas du compte d'affectation spéciale de la titrisation. Tous les jours, sans le savoir, de nombreuses créances dont nous sommes débiteurs sont cédées à des organismes de titrisation et transformées en un titre

négocié sur le marché : elles sont *monétisées* (transformées en monnaie par paiement du prix de la créance) puis *titrisées* (transformées en titre financier circulant sur le marché) (2). Tandis que les banques « titrisent » leurs crédits, les opérateurs de téléphonie mobile cèdent leurs créances d'abonnement au téléphone, etc. Et nous n'en savons rien la plupart du temps car la cession ne nous est généralement pas notifiée. Et parfois même la cession a lieu avant que nous concluons le contrat puisque l'« espoir » que nous nous endettions, autrement dit la créance future, peut être cédée à un fonds. Or ne connaissant que le cédant, ma banque ou le prestataire de téléphonie, je continue de lui payer les factures ; les sommes arrivent sur un compte du cédant au même titre qu'un grand nombre de fonds d'origine diverses, et non pas directement chez l'organisme de titrisation cessionnaire. Pour éviter que les sommes versées par les cédés se perdent dans la faillite du cédant, et que le fonds (et ses créanciers) se trouve privé de ces sommes, on affecte celles-ci au crédit d'un compte spécialement affecté, désormais protégé légalement de la faillite ; on peut l'assimiler à une fiducie (3). Or en matière commerciale, une sûreté peut naître d'un usage. Par ailleurs, dès 1972 la Cour de cassation a admis que le patrimoine puisse faire l'objet d'un cantonnement, qu'une partie de celui-ci réponde d'une dette (4).

Rappelons aussi la technique de l'affectation en garantie des avoirs sous dossier du client : l'intermédiaire qui passait des ordres sur le marché avait en dépôt des titres et des liquidités, qui n'étaient pas spécialement affectés aux opérations concernées ; il était d'usage que ces actifs servent à la protection de l'intermédiaire et soient réputés être affectés à la garantie des opérations. On peut s'interroger sur la persistance de cet usage, non dénoncé et non interdit par la loi.

Les usages sont souvent repris dans les modèles de conventions de place comme celles de l'ISDA (5) ou de l'ICMA (6) sans que celles-ci constituent en elles-mêmes un corps d'usage ; leur diversité interdit à mon sens de rattacher les parties à l'une d'entre elles sans qu'elles y aient manifesté le moindre consentement (7). On peut enfin voir dans le visa et la reconnaissance d'une pratique de marché par

les autorités une forme de « reprise » des usages (8).

II. Fonctions des usages

En droit financier, les usages servent à **créer** des produits ou des instruments financiers. Nous avons vu en effet que le visa octroyé par les autorités aux opérations qui leur sont soumises, les « légalise » d'une certaine façon. On peut en dire autant des pratiques de marché. Pourquoi ces opérations doivent-elles être légalisées, compte tenu de l'article 1134 du Code civil et de la liberté contractuelle ? Plusieurs fondements justifient ce droit de « regard » et de contrôle : la prise en compte de la protection des investisseurs et la préservation du risque systémique au premier chef (9) ; l'ordre public, ensuite qui justifie que seule une loi puisse établir des quotas d'émission de gaz à effet de serre qui reviennent à fixer le prix d'une *res nullius* : l'air (10).

Ensuite, les usages servent à **qualifier** les instruments financiers et les distinguer de conventions d'une autre nature, comme le montre l'exemple des contrats financiers (que l'on appelle produits dérivés dans le jargon de la finance) où le législateur et le pouvoir réglementaire recourent aux usages pour les distinguer de « banales » opérations de vente. De même, on prend en compte les usages de marché pour en déduire une forme d'indépendance par rapport au contrat de base (l'opération sous-jacente).

En effet, un contrat financier existe en relation avec ce que l'on appelle un « sous-jacent » car il est destiné à transférer un risque : le risque d'une variation de la valeur du cours du blé ou des actions. Une personne qui n'est pas exposée à un tel risque peut vouloir profiter de la variation du cours du blé ou des actions : c'est un spéculateur ; mais un agriculteur peut vouloir aussi se protéger contre un risque de chute du cours du blé, et conclure un contrat financier pour se couvrir. Dans les deux cas, couverture ou spéculation, la détention du blé n'est pas une condition de la conclusion du contrat financier ; le législateur a perçu les limites de définir dans un domaine où la distinction du contrat financier et du contrat commercial tient à un fil ; la pratique peine en effet parfois à distinguer un contrat de vente de titres financiers livrable dans quelques jours par les systèmes de règlement-livraison, et un contrat financier sur les mêmes titres, qui peut lui aussi donner lieu à livraison physique du titre. Aussi s'est-il référé, à bon escient, aux usages, aux pratiques de marché, en complément des critères qu'il a établis (11). De la même façon, les usages aident à distinguer le change à terme, qui est un contrat financier, du change au comptant qui relève du droit commun de la vente ou de l'échange. Est en effet un contrat au comptant le contrat dont la livraison intervient dans le plus long des deux délais suivants : deux jours de négociation ou délai d'usage (12).

Il n'est pas étonnant que le législateur se réfère

à l'usage : dans un domaine aussi technique, où l'évolution de la norme ne peut aller aussi vite que celle de la finance, on a délégué au marché le mode d'élaboration de ses produits : le marché, au sens large, fabrique les produits et fournit leur mode d'emploi.

Les usages précisent parfois le régime juridique des opérations : on parle dans le langage courant d'usages des salles de marché. En témoignent les usages relatifs à la nationalité des jours fériés pris en compte en cas de convention financière transfrontalière, à la devise de paiement (à Londres, New York ou Hong Kong) ou du traitement du décalage horaire, par exemple. Souvent ces usages ou ces pratiques se trouvent repris dans les modèles de contrats-cadres (comme l'ISDA) et dans les documents (guides, annexes) qui les accompagnent (13).

Enfin si la finance souffre, comme d'autres secteurs, d'une absence de traitement dans le règlement Rome I de la loi gouvernant l'opposabilité aux tiers d'une cession ou d'un nantissement de créance, la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît désormais que les usages puissent jouer un rôle à ce titre (14).

Il existe à bien y réfléchir un parallèle assez troublant entre le mécanisme des marchés financiers et le processus de création des usages : c'est la répétition qui crée le marché, sa liquidité ; ce sont les pratiques, à force de répétition, qui instituent les usages. Le rapprochement atteint son paroxysme dans la décision AMF sur les contrats de liquidité où la reconnaissance de la pratique de conclusion de tels contrats a pour fondement la volonté d'équilibrer l'offre et la demande, bref d'entretenir le marché lui-même !

Sur les marchés financiers, les usages servent en réalité à attester de la *confiance* : la longévité de la pratique établit le bien-fondé de celle-ci et accroît le degré de confiance que les investisseurs peuvent en attendre. Avoir confiance, dans une économie libérale, revient à ne pas s'interroger sur les fondements, à se dispenser de leur recherche. C'est l'exemple de la notation : dans certains cas recourir à une agence de notation pour noter un produit financier ou une opération est obligatoire, en particulier en cas d'offre au public ; dans d'autres il est facultatif. On y recourt par habitude, peut-être en raison d'un usage destiné à donner confiance aux investisseurs dans le produit financier « vendu ». C'est au terme d'un même processus que l'argent, la monnaie a pu accéder à la vie juridique : par la confiance qu'on lui accordait, avant même qu'elle possède un cours légal.

On retrouve ainsi en droit financier le même phénomène qu'en matière de signature électronique et dont le résultat se trouve inscrit dans la loi sur la *confiance* en l'économie numérique.

européenne propose des quotas de capture individualisés ». *Le Monde*, 22 avril 2011, p. 5. On y apprend que les quotas devraient être attribués bateau par bateau (ce sont des quotas de pêche « individuels ») et un marché devrait être créé – à l'initiative de la Commission européenne – à des navires battant pavillon d'un même Etat. On y voit à nouveau le lien avec l'économie réelle et le sous-jacent car une mesure d'interdiction concernerait les bateaux de moins de douze mètres, qui seraient exclus du dispositif, « afin d'éviter le rachat des flottes artisanales par des pêcheurs industriels ». Les rejets de poisson seront rapportés au port et comptabilisés dans leurs quotas. L'objectif de la Commission – finalité du dispositif – serait de reconstituer d'ici à 2015 les stocks des espèces les plus menacées de surpêche.

11) Ainsi cette disposition après avoir visé différents types de produits financiers qu'elle qualifie de contrats financiers (options, contrats à terme transférant un risque de crédit, contrats d'échange comme les swaps de taux ou de devises) vise dans son huitième paragraphe « tout autre contrat à terme concernant des actifs, des droits, des obligations, des indices et des mesures, non mentionné par ailleurs aux 1 à 7 ci-dessus, qui présente les caractéristiques d'autres instruments financiers à terme, en tenant compte de ce que, notamment, il est négocié sur un marché réglementé ou un système multilatéral de négociation, est compensé et régi par l'intermédiaire d'une chambre de compensation reconnue ou fait l'objet d'appels de couvertures périodiques ». Il y a donc lieu de tenir compte, pour les besoins de la qualification d'un contrat financier (ce qui emporte évidemment un régime spécifique, souvent dérogeant au droit commun) de l'usage du marché qui est de les assimiler à de tels contrats financiers.

12) Cf. art. 38, 2° du règlement n° 1287/2006 de la Commission européenne du 10 août 2006 portant mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil. Il en est différemment, selon le second alinéa de cet article 38-2°, lorsque « indépendamment de ses stipulations expresses, il est entendu entre les parties que la livraison du sous-jacent sera reportée et ne sera pas exécutée dans le délai visé au premier alinéa ».

13) Livrets de définitions ISDA, en particulier, qui existent pour chaque famille d'opérations dérivées.

14) CJUE, 9 juin 2011, *Electrosteel Europe SA c./ Edil Centro SpA*. Il s'agissait en l'espèce d'une vente internationale de marchandises, mais selon des fondements qui rendent la solution transposable à la titrisation paneuropéenne, par exemple.

Le renouveau en matière fiscale : du refus des usages au *benchmarking* en matière de prix de transfert

Lise Chatain-Autajon,
Maître de conférence à la Faculté de Droit de Montpellier

1) M. Bultel et J. Faure, Les usages en matière fiscale, *Lexisnexis* 2010 p. 101 n° 7.

2) B. Castagnède, Précis de fiscalité internationale, *PUF* 3^{ème} éd. 2010 p. 97 n° 71 ; B. Gouthière, Les impôts dans les affaires internationales, *Ed. F. Lefebvre* 2011 n° 75750 et s. p. 897.

La matière fiscale échapperait-elle aux usages ?

Dans un secteur régalién par excellence, la source normative coutumière paraît *a priori* difficilement concevable.

Cependant, malgré la richesse de la législation fiscale, de tels usages sont nécessaires dès lors qu'ils viennent combler certains vides législatifs ou interpréter les textes lorsqu'ils manquent de précision.

Nous nous attacherons à l'admission des usages en matière fiscale (I), puis à leur originalité (II).

I. L'admission des usages en matière fiscale

Selon notre définition commune, les usages sont des pratiques répétées (A) dotées d'une force contraignante (B). Il nous faut donc vérifier si cette qualification peut être retenue en matière fiscale.

A. Des pratiques répétées

Certaines pratiques fiscales tant des entreprises que de l'administration ne relèvent pas de la loi mais de l'habitude. Parmi les pratiques les plus connues, on peut citer les durées fiscales d'amortissement des actifs (1), la détermination des prix de transfert (2) et les modes d'évaluation des fonds (3).

1. En matière de durée d'amortissement des actifs

L'exemple le plus connu de pratique répétée en matière fiscale est celui des durées d'amortissement des éléments immobilisés.

On sait que l'amortissement est la constatation de la baisse de valeur d'un élément d'actif qui peut résulter de son utilisation, du passage du temps ou de l'évolution des techniques... Par l'amortissement, l'entreprise peut dégager les sommes nécessaires au remplacement des immobilisations amorties.

L'article 39-1-2° du Code général des impôts dispose que le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges, celles-ci comprenant notamment « les amortissements réellement effectués par l'entreprise, dans la limite de ceux

qui sont généralement admis d'après les usages de chaque nature d'industrie, de commerce ou d'exploitation (...) ».

Ce texte ne vise pas la durée possible ou recommandée de l'amortissement sur un bien donné, et il n'existe aucune source particulière en la matière. L'entreprise doit estimer elle-même la durée d'utilisation optimale du bien et donc celle de l'amortissement devant être pratiqué. Evidemment, chaque entreprise peut avoir sa propre analyse en fonction de son utilisation particulière du bien. Nonobstant, les durées d'amortissement sont harmonisées en pratique. Ainsi, on amortit traditionnellement un matériel informatique sur 3 ans, un véhicule sur 5 ans et un bâtiment industriel sur 20 ans.

Dans ces conditions, la pratique a déterminé ces durées qui sont aujourd'hui appliquées de façon uniforme par les entreprises (1).

2. En matière de détermination des prix de transfert

Un autre exemple de pratique répandue est la détermination des prix de transfert dans les entreprises.

Qu'est-ce qu'un prix de transfert ?

Les groupes internationaux occupent une place de plus en plus importante dans l'économie mondiale. Leur développement soulève évidemment la question de la localisation de leurs bénéfices : les groupes sont composés de sociétés distinctes qui organisent leurs activités dans de nombreux Etats et multiplient les transactions tant internes, avec les sociétés du groupe, qu'externes, avec d'autres sociétés non liées.

Il semble donc *a priori* relativement facile de localiser les résultats imposables dans les Etats les moins gourmands fiscalement en jouant sur les prix des transactions intra-groupe : c'est toute la problématique des prix de transfert (2).

Prenons un exemple simple : imaginons un groupe de sociétés constitué d'une holding en France qui fabrique des aquariums et de ses filiales de commercialisation dans différents états de l'Union européenne, et notamment en Irlande. Le taux de l'impôt sur les sociétés en France s'élève à 33,33 % alors que le taux irlandais est de 12,5 %. Il est donc

tendant de dégager un maximum de bénéfices sur le sol irlandais plutôt que sur le territoire français... Supposons que le prix de fabrication d'un aquarium s'élève à 100 € et que le prix de revente aux consommateurs finaux soit de 300 € : la solution la plus avantageuse pour le groupe serait donc de minorer le prix de vente des aquariums par la holding française à sa filiale irlandaise, en le fixant par exemple à 120 €. Le bénéfice réalisé en France ne serait alors que de 20 € alors que le résultat taxable en Irlande s'élèverait à 180 €. On comprend aisément que cette habileté ne soit pas du goût de l'administration fiscale française !

L'administration doit donc pouvoir contrôler la justesse du prix facturé entre les sociétés du groupe. La détermination du prix de transfert repose sur un principe dégagé par l'OCDE appelé « *prix de pleine concurrence* » (qualifié également de transaction « *at arm's length* »). (3)

En France, la détermination des prix de transfert repose sur un fondement textuel relativement limité, il s'agit de l'article 57 du CGI qui dispose :

« Pour l'établissement de l'impôt sur le revenu dû par les entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de France, les bénéfices indirectement transférés à ces dernières, soit par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen, sont incorporés aux résultats accusés par les comptabilités. Il est procédé de même à l'égard des entreprises qui sont sous la dépendance d'une entreprise ou d'un groupe possédant également le contrôle d'entreprises situées hors de France. (...) A défaut d'éléments précis pour opérer les rectifications prévues aux premier, deuxième et troisième alinéas, les produits imposables sont déterminés par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement. »

Il s'agit donc de contrôler les bénéfices transférés par une société française à une société liée sise dans un Etat différent. Ce transfert peut résulter de minorations ou de majorations de prix de vente, ou « *de tout autre moyen* » imaginé par les sociétés en cause. Les rectifications de l'administration fiscale pourront alors se baser sur des produits imposables déterminés par comparaison avec ceux d'entreprises similaires exploitées normalement. C'est à partir de ce texte combiné avec le principe de pleine concurrence dégagé par l'OCDE que sont établis les modes de détermination des prix de transfert en France.

En quelques mots, la fixation du prix de pleine concurrence repose sur une méthode en deux étapes :

Première étape : l'entreprise doit réaliser une analyse fonctionnelle, c'est-à-dire déterminer la place et le rôle économique de l'entreprise au sein du groupe. Il faut recenser les fonctions que l'entreprise exerce dans le groupe, les risques qu'elle encourt ainsi que les actifs corporels et incorporels qu'elle utilise. Grâce à l'ensemble de

ces informations, on pourra donc évaluer le rôle de l'entreprise dans le groupe et en déduire les coûts qu'elle supporte ainsi que la rémunération qu'elle doit recevoir pour ses services.

Seconde étape : le *benchmarking*. L'expression *benchmarking* n'est pas empruntée à la doctrine fiscale... Il s'agit d'un terme de marketing découlant de l'Anglais *to benchmark* qui signifie « *trouver des points de repère, des points de référence* ». Le vocable semble parfaitement approprié en matière de détermination des prix de transfert (4).

L'usage a d'abord pour objet une méthode.

- Il faut d'abord utiliser la technique du *benchmarking* pour choisir une méthode de calcul du prix.

La pratique utilise 5 méthodes pour calculer le prix de pleine concurrence. Les 3 premières méthodes, dites traditionnelles, sont basées sur les transactions elles-mêmes : ce sont la méthode du prix comparable sur le marché libre, la méthode du prix de revente et la méthode du prix de revient majoré. Les 2 dernières techniques sont fondées sur les bénéfices : il s'agit de la méthode du partage des bénéfices et de la méthode transactionnelle sur la marche nette.

Il n'est évidemment pas question ici de développer l'ensemble de ces techniques... Evoquons à titre d'exemple la 1^{ère} méthode, la plus simple : la méthode du prix comparable sur le marché libre consiste à comparer le prix de transfert appliqué entre les entreprises liées au prix du bien ou du service pratiqué entre un acheteur et un vendeur indépendant.

La méthode de détermination du prix repose donc sur les pratiques répétées des autres entreprises : la méthode de calcul du prix intra-groupe est calquée sur la méthode utilisée par les autres entreprises pour déterminer leurs propres prix. La méthode interne doit reproduire la pratique des autres entreprises qui fait office de *benchmark*.

L'usage a ensuite pour objet un prix.

- On utilise ensuite la technique du *benchmarking* pour fixer le prix par comparaison avec des transactions identiques. Il faut comparer le prix obtenu par la méthode choisie avec le prix des autres entreprises pour des produits ou des services similaires. Il s'agit de la recherche de comparables qui constitueront le *benchmark*.

3. En matière d'évaluation des fonds

Les techniques d'évaluation des fonds de commerce et des fonds artisanaux sont un autre exemple de pratiques reconnues en matière fiscale. Pour évaluer la valeur d'un fonds transmis, l'administration fiscale procède par analyse comparative. Comme elle est informée de toutes les mutations du fait de la formalité de l'enregistrement, elle connaît le prix de toutes les mutations récemment effectuées. L'administration établit ainsi un coefficient égal aux prix de vente

3) La Société des Nations a publié en 1932 un rapport dans lequel elle préconisait déjà l'adoption du principe dit de pleine concurrence comme norme de référence. Le premier rapport de l'OCDE sur la question des prix de transfert publié en 1979 reprend le principe. En 1995, les principes directeurs publiés par l'OCDE reprennent la règle de pleine concurrence qui figure ainsi à l'article 9 du modèle de convention fiscale de l'OCDE ainsi qu'à l'article 9 de la convention modèle publiée par l'ONU. Ce principe de pleine concurrence est aujourd'hui reconnu par la très grande majorité des états. (OCDE, Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, Paris 1995. Ce rapport a fait l'objet de mises à jour en 1997, 1998, 1999 et d'une nouvelle publication d'ensemble en août 2009).

4) J.-L. Trucchi et A. Gobel, Prix de transfert : un benchmark est-il une preuve ?, *F. Lefebvre BF* 4/10 Etude p. 295.

5) L'instruction 4 D-2-09 du 10 juillet 2009 énonce qu'il est possible, pour les entreprises de travaux d'exploitation du bois ayant à faire face aux conséquences de la tempête Klaus du 24 janvier 2009 dans les régions sinistrées du Sud-Ouest de la France, de pouvoir opérer un amortissement sur trois ans de certains matériels acquis à compter du 1^{er} janvier 2009, soit un amortissement plus court.

6) M. Bultel et J. Faure, *Les usages en matière fiscale*, op. cit. p. 101 n° 8.

7) M. Bultel et J. Faure, *Les usages en matière fiscale*, op. cit. p. 103 n° 12.

constatés par rapport au chiffre d'affaires des fonds cédés sur un même territoire géographique. Ainsi, pour toute mutation réalisée, elle compare le prix stipulé par les parties au prix obtenu par sa technique statistique. Si le prix contractuel ne correspond pas au ratio qu'elle a constaté sur le même territoire, l'administration rehausse alors l'assiette des droits de mutation. Cette méthode de l'administration pour évaluer les fonds de commerce repose donc sur une pratique sous-jacente fondée sur les données statistiques dont elle dispose.

B. Dotées d'une force contraignante

Comment qualifier la force contraignante d'un usage en matière fiscale ? Il faut s'interroger d'abord sur l'invocabilité de l'usage (1), puis sur son opposabilité (2).

1. L'invocabilité variable de l'usage

L'invocabilité de l'usage peut varier.

L'invocabilité de l'usage est la plus forte quand la loi elle-même vient viser l'usage.

-Ainsi, en matière d'amortissement, l'article 39-1-2° du CGI fait expressément référence aux usages de l'industrie ou du commerce. Le Code renvoie donc aux pratiques relatives aux amortissements dans un secteur industriel ou commercial. La durée d'amortissement appliquée par l'entreprise sera opposable à l'administration si elle est conforme aux pratiques dans sa sphère d'activité.

De la même façon, l'article 57 du CGI impose aux entreprises de fixer leurs prix de transfert « *par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement* ». La pratique tendant à aligner les prix des transactions internes sur ceux des prix des autres entreprises est donc imposée par le texte.

Parfois, l'invocabilité est plus faible. - Il en est ainsi quand l'usage n'est pas visé par la loi mais par la seule doctrine administrative. En la matière, la prise de position de l'administration peut être collective ou individuelle.

L'administration peut prendre position sur un usage pour un ensemble de contribuables concernés, par la voie d'une réponse ministérielle ou d'une instruction administrative. Ainsi, certaines instructions administratives indiquent l'attitude à adopter face à une pratique, un usage, et viennent ainsi l'accepter. Une instruction du 10 juillet 2009 admet par exemple un amortissement accéléré pour certains matériels pour les entreprises touchées par la tempête Klaus de janvier 2009 (5).

L'administration peut prendre position sur un usage de façon individuelle. L'article L. 80 B du Livre des Procédures Fiscales prévoit une procédure particulière dite de « *rescrit fiscal* ». Cette procédure permet à un contribuable de

s'assurer que sa situation précise relève des cas d'application d'un usage déterminé. De cette façon, le contribuable peut se constituer une preuve de l'existence de l'usage, opposable dans l'avenir à un vérificateur circonspect. Par le biais de la procédure de rescrit, le contribuable peut également faire valider la pratique en cours au sein de son entreprise. L'usage au sein de l'entreprise sera alors pleinement opposable à l'administration fiscale.

Dans d'autres cas, l'invocabilité est encore plus limitée. - C'est le cas quand une pratique est répétée dans une entreprise et tolérée par l'administration. La pratique naît alors du fait du contribuable mais ne peut connaître un caractère pérenne que par son acceptation par l'administration (6).

2. L'opposabilité variable de l'usage

En droit privé, les usages peuvent naître de la pratique entre deux partenaires privés ou des pratiques répétées sur un marché, une sphère géographique donnée... Ces pratiques répétées vont devenir opposables aux parties en cause ou à l'ensemble des opérateurs sur le marché.

En matière fiscale, on est en présence d'un partenaire public doté de pouvoirs exorbitants du droit commun : l'administration fiscale. L'usage n'emporte alors plein effet qu'une fois opposé à l'administration, que ce soit dans une phase de discussion ou dans une phase contentieuse.

L'usage est doté de force contraignante quand il peut être opposé à l'administration par le contribuable ou au contraire quand il est opposé par l'administration au contribuable...

Ainsi, en matière d'amortissement, les pratiques répétées tendant à fixer des durées harmonisées pour les entreprises sont opposables à l'administration.

En matière de prix de transfert, l'administration va comparer le prix fixé par l'entreprise pour ses transactions intragroupe avec le prix de pleine concurrence établi par comparaison avec le *benchmark*. La politique de prix des entreprises comparables constitue donc une pratique sur laquelle les entreprises membres d'un groupe peuvent s'aligner : le *benchmark* sera opposable à l'administration.

Ainsi, le *benchmarking* impose de calquer le comportement de l'entreprise dans le groupe sur ce que font les entreprises comparables hors du groupe. L'usage qui doit être suivi et devenir la règle, c'est la pratique des autres... Certains ont même pu écrire « *L'usage des autres aura ici force de loi* » (7).

En matière d'évaluation des fonds, c'est au contraire la pratique de l'administration qui sera opposable au contribuable... Comme nous l'avons déjà évoqué, l'administration utilise une analyse comparative pour évaluer la valeur des fonds transmis en fonction de leur chiffre d'affaires.

Elle calcule un coefficient égal aux prix de vente constatés sur un secteur donné par rapport aux chiffres d'affaires des fonds cédés. Cela lui permet alors d'établir des grilles de coefficients en fonction de l'activité exercée par les fonds. Cette pratique acquiert une force contraignante dans la mesure où elle est régulièrement opposée par l'administration aux contribuables.

II. L'originalité des usages en matière fiscale

En matière fiscale, l'originalité des usages se vérifie tant à l'égard de leur identification (A) que de leur preuve (B).

A. L'identification des usages

L'identification de l'usage en matière fiscale est parfois originale.

Le meilleur exemple est celui de la détermination des prix de transfert. Le but est d'aligner le prix des transactions de l'entreprise appartenant à un groupe sur le prix des transactions d'autres entreprises, en dehors du groupe. L'article 57 du CGI impose ainsi la comparaison avec des transactions identiques qui deviennent un usage auxquelles les entreprises du groupe doivent se conformer.

Toute la difficulté provient de la recherche des comparables, c'est-à-dire de l'identification de l'usage.

En théorie, il existe deux possibilités d'obtention de comparables afin d'apprécier la juste rémunération des transactions entre entreprises liées :

- on parle de comparable interne quand l'entreprise réalise la même transaction à l'intérieur et à l'extérieur du groupe. Le *benchmark* est alors le prix réalisé avec l'entreprise non liée au groupe ;
- on parle de comparable externe quand une entreprise indépendante réalise une transaction identique avec une autre entreprise indépendante. Le plus souvent, ce comparable externe est issu de la consultation de bases de données commerciales accessibles sur abonnement auprès d'un opérateur privé. Ces bases recensent les entreprises équivalentes sur un territoire national, européen ou mondial. Par exemple, les entreprises utilisent souvent la base DIANE pour une recherche portant sur des sociétés sises en France, la base AMADEUS pour une recherche sur des sociétés européennes ou encore la base ORBIS pour des recherches au niveau mondial (8).

L'utilisation des ces bases de données permet à l'entreprise de définir un panel de comparables qui constituera le *benchmark*.

En pratique, il faut souligner les difficultés pour identifier l'objet de l'usage. En effet, identifier les transactions comparables qui serviront de base à la détermination du prix de transfert est complexe. Du fait du secret des affaires, il existe peu d'informations publiques disponibles sur les transactions entre entreprises indépendantes. Par

ailleurs, les transactions internes à un groupe ont toujours des caractéristiques particulières qui les rendent uniques. (9)

Au surplus, il faut noter que les informations disponibles sur les bases de données (DIANE ou AMADEUS par exemple) portent toujours sur des années passées, avec parfois un retard de 18 mois à 2 ans... alors que l'entreprise cherche à déterminer ses prix de transfert pour l'avenir (10).

Dans ces conditions, les termes de comparaison opposés par l'administration aux entreprises vérifiées sont parfois contestables. Cela est d'autant plus regrettable que la jurisprudence est pauvre en matière de prix de transfert puisque les entreprises et l'administration choisissent en général de transiger plutôt que de résoudre leur querelle de façon contentieuse (11). Il est donc indispensable que les comparables choisis par l'administration soient fiables afin que les négociations soient justes.

B. La preuve des usages

En matière fiscale, la preuve de l'existence de l'usage est parfois originale : l'usage peut être prouvé parce que divulgué par l'administration (1) mais l'usage peut être aussi parfois caché (2).

1. Les usages divulgués

Nous l'avons déjà évoqué, la doctrine administrative peut prouver l'existence de l'usage en le reprenant, en l'expliquant ou en le généralisant. C'est le cas quand une réponse ministérielle ou une instruction administrative vise expressément un usage.

A cet égard, les guides publiés par l'administration en matière d'évaluation des entreprises ou de prix de transfert sont particulièrement intéressants.

Ainsi, en matière de prix de transfert, l'administration fiscale a publié en 2006 sur son site un Guide à l'usage des PME intitulé « *Les prix de transfert* » (12). Ce guide expose de façon générale la problématique et indique les méthodes préconisées par l'administration pour déterminer le prix de pleine concurrence des transactions. Il valide les cinq méthodes harmonisées qui sont utilisées par la pratique en matière de prix de transfert (comme par exemple le prix de revient majoré ou la méthode de partage des bénéfices) (13).

En novembre 2006, la DGI a publié un autre guide sous le titre « *L'évaluation des entreprises et des titres de sociétés* ». Ce guide a pour but d'aider les services fiscaux et les contribuables en matière d'évaluation d'entreprises. Il reprend les méthodes traditionnelles pratiquées par les experts privés (comme la méthode du *goodwill* ou de l'excédent brut d'exploitation) et tend à harmoniser les pratiques d'évaluation des services fiscaux. (14) Sur ces sujets éminemment techniques et complexes, les guides reprennent donc les pratiques des entreprises et permettent leur

8) J.-L. Trucchi et A. Gobel, *Prix de transfert : un benchmark est-il une preuve ?*, op. cit. p. 297 n° 9.

9) O. Marichal, *Sécurisez vos prix de transfert*, EFE 2004 p. 164 n° 422.

10) A. Le Boulanger, *Prix de transfert : la DGI étoffe sa doctrine*, BF 7/07 n° 24.

11) J.-L. Trucchi et A. Gobel, *Prix de transfert : un benchmark est-il une preuve ?*, BF 4/10 Etude n° 16 p. 298.

12) Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, DGI « *Les prix de transfert – Guide à l'usage des PME* » novembre 2006.

13) E. Tort, *Les prix de transfert : Le guide à l'usage des PME de la Direction générale des impôts*, Option finance 6 sept. 2010 p. 27.

14) Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, DGI « *L'évaluation des entreprises et des titres de sociétés* » novembre 2006.

15) A. Le Boulanger, Prix de transfert : la DGI étoffe sa doctrine, *BF 7/07* n° 1 ; E. Tort, Les prix de transfert : Le guide à l'usage des PME de la Direction générale des impôts, *Option finance* 6 sept. 2010 p. 27.

16) F. Vincent, The use of secret comparables in Canada, cité par O. Marichal, Sécurisez vos prix de transfert, *op. cit.* p. 166 n° 429.

17) O. Marichal, Sécurisez vos prix de transfert, *op. cit.* p. 167 n° 434.

18) Cass. com. 26 nov. 1990 n° 1273 D. Meyzenc ; R/JF 2/91 n° 233 : « L'administration doit préciser les circonstances établissant que [les éléments de comparaison] se rapportent à la cession de biens intrinsèquement similaires dans les conditions usuelles dans le marché considéré ». Confirmé par Cass. Com. 28 janv. 1992 req. n° 141 P. Franceschini ; R/JF 4/92 n° 572.

19) CE 18 févr. 1976 req. n° 96.566 ; *DF* 1976 n° 21 comm. 740. CE 20 avr. 1984 8^{ème} et 9^{ème} s.-s. req. n° 26.954 ; R/JF 6/84 n° 776. CE 5 mars 1993, req. n° 105.069 *Melle Rohart*, R/JF 5/93 n° 674.

20) CE 14 janv. 1983, req. n° 25.233 ; *DF* 1983 comm. 1414 concl. Rivière. CAA Paris 22 avril 2005, n° 01.1232 et 01-3949 2^{ème} ch. B Sté Pentair Water France SAS, R/JF 8-9/05 n° 908.

21) O. Marichal, Sécurisez vos prix de transfert, *op. cit.* p. 172 n° 446.

22) Cette pratique devrait donc évoluer... d'autant plus que les recommandations de l'OCDE condamnent l'utilisation de comparables secrets et demandent aux administrations de ne pas exiger du contribuable qu'il produise des informations dont il ne peut raisonnablement disposer : *Rapport OCDE* août 2009 paragraphes 5.9 et 5.10.

généralisation. Ainsi, les auteurs soulignent que, même s'ils sont rédigés à l'usage des PME, ces guides contiennent des indications précieuses pour l'ensemble des intervenants économiques. (15) Ces guides qui visent les usages et leur champ d'application garantissent leur opposabilité à l'administration.

2. Les usages cachés

L'utilisation par l'administration d'usages dissimulés est encore plus originale.

En matière d'évaluation de fonds, nous avons vu que l'administration calcule des coefficients en fonction du prix de vente des fonds sur une région donnée et de leur chiffre d'affaires. Elle établit ensuite des grilles de coefficients selon la nature de l'activité exercée au sein du fonds. Ces grilles constituent donc l'usage reconnu par l'administration en matière de valorisation des fonds cédés.

Cet usage permet ensuite à l'administration de rehausser l'assiette des droits de mutation si le prix des parties ne correspond pas au ratio tel qu'il apparaît sur ses grilles.

Or, l'administration refuse de communiquer ses grilles de coefficients... L'usage qui sert de fondement à la valorisation des fonds est connu de l'administration et d'elle seule !

Le contribuable est donc susceptible d'être redressé sur la base d'un usage qu'il ne connaît pas.

En matière de prix de transfert, l'administration utilise ce que l'on appelle les « comparables secrets ».

Le terme « comparables secrets » vise les données utilisées par l'administration à l'encontre d'un contribuable pour établir un prix de pleine concurrence dont elle ne lui dévoilera pas le contenu (16).

Grâce à la multitude de contrôles qu'elle réalise, l'administration fiscale dispose d'une base de données considérable sur les chiffres d'affaires des entreprises, leurs marges bénéficiaires et leurs fonctions. Ces renseignements sont de la plus grande importance lors des vérifications de comptabilité des groupes internationaux et de leurs prix de transfert.

Cependant, ces informations sont le plus souvent couvertes par le secret professionnel dès lors qu'elles ont été obtenues lors de contrôles fiscaux de tiers. En effet, l'article L. 103 du LPF dispose que « toutes les personnes appelées à l'occasion de leurs fonctions ou attributions à intervenir dans l'assiette, le contrôle, ou le contentieux des impôts » doivent conserver le secret « de toutes les informations recueillies à l'occasion de ces opérations ». (Au surplus, les articles 226-1 et 226-14 du Code pénal sanctionnent sévèrement les personnes ayant violé cette obligation).

L'administration ne peut donc révéler ces

informations secrètes à l'entreprise vérifiée.

L'utilisation des comparables secrets comme technique de motivation par l'administration lui permet de justifier un redressement tout en refusant de les communiquer à l'entreprise vérifiée. L'utilisation d'usages dissimulés, connus par l'administration seule, est choquante.

Tout d'abord, elle prive le contribuable de son droit de discuter les faits qui lui sont reprochés. Il ne peut débattre sur des arguments qu'il ne connaît pas...

Ensuite, l'administration est en même temps juge et partie (17) : elle peut être tentée de choisir les comparables qui l'avantagent sans avoir à divulguer ses sources...

Ainsi, il existe des arrêts en matière de droits d'enregistrement qui ont statué sur l'utilisation de données secrètes par l'administration à l'encontre du contribuable. La Cour de cassation refuse généralement l'utilisation de comparables secrets pour définir la valeur vénale de biens soumis à la formalité de l'enregistrement (18).

Il n'y a pas à ce jour de décision jurisprudentielle relative à l'utilisation de comparables secrets en matière de prix de transfert. Cependant, le Conseil d'Etat autorise l'administration fiscale à utiliser à l'encontre du contribuable des informations qu'elle conserve secrètes. Le Conseil d'Etat considère que le secret fiscal n'interdit pas d'utiliser les informations mais uniquement de les communiquer. (19) Pour permettre un débat contradictoire, l'administration peut accepter de révéler des données nominatives sur les entreprises, mais dans ce cas elle ne peut fournir que des données moyennes sur les chiffres d'affaires et les résultats (20). L'administration peut donc, sans violer le secret professionnel, indiquer le nom des entreprises comparables mais pas les données financières individuelles. Dans ces conditions, l'administration peut redresser les prix de transfert d'une entreprise sur la base d'une comparaison « *par ellipse* » (21). Cela semble difficilement admissible quand on connaît la complexité des transactions en jeu et les incertitudes liées à la comparabilité des prix. (22)

La qualification des usages en matière fiscale a démontré son utilité. L'attachement aux usages permet de fonder et de compléter la réglementation fiscale.

Nous avons également souligné l'originalité des usages en matière fiscale, originalité que l'on peut déplorer quand il s'agit d'usages secrets. En effet, il semble difficile d'admettre la validité et l'efficacité d'usages connus d'une seule partie.

Au-delà, d'autres questions sont susceptibles d'être réglées grâce au recours au régime des usages, ainsi en matière de désuétude ou de dénonciation d'une pratique fiscale.

Les usages dans l'arbitrage commercial international : une place à géométrie variable

Jean-Baptiste Racine,
Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis

Le lien entre l'arbitrage et les usages semble évidemment naturel. On pourrait même dire que l'arbitrage est *a priori* la terre d'élection des usages. L'arbitrage est une justice dite privée, rendue par des particuliers investis du pouvoir de juger par la volonté des parties. Par ailleurs, l'usage est une norme privée du droit, une sécrétion de la pratique, la norme professionnelle par excellence. Il est donc normal que l'arbitre, en tant que juge privé, applique de manière privilégiée des normes privées telles que des usages. La privatisation du droit est ici à son comble : les justiciables choisissent de se faire juger par des arbitres en application de règles issues du milieu professionnel. Où sont alors l'Etat et le droit étatique, ce qui est « public » en somme ?

On voit les aspects positifs du couple formé par l'arbitrage et les usages. Il s'agit de rendre une justice adaptée aux besoins du commerce en application de normes idoines par des juges choisis en fonction de leur compétence et de leurs connaissances en la matière. Les affaires commerciales ne seraient donc ainsi jamais mieux traitées que par des arbitres appliquant des usages. C'est ici faire référence à un idéal, voire un âge d'or de la justice commerciale, avant le moment où la loi a étendu son emprise à l'égard de toute chose, y compris le commerce. Il ne faut pas non plus masquer les limites du mariage entre l'arbitrage et les usages. La justice, y compris arbitrale, ne peut être rendue entièrement sur la base d'usages. Il faut d'autres règles, le plus souvent d'origine étatique, pour résoudre un conflit. La complexification du droit ne fait qu'accentuer cet état de fait. Par ailleurs, un arbitre doit être soucieux du respect de l'ordre public. Il ne peut par conséquent se contenter complètement de l'application d'usages. Il doit parfois veiller à la prise en compte d'un intérêt public qui dépasse les seuls intérêts de la profession concernée.

Toutes ces interrogations se retrouvent en matière internationale, ce, de manière décuplée. En effet, il est devenu habituel de dire que l'arbitrage est le

mode de droit commun de résolution des affaires commerciales internationales. Certes, les parties ne sont pas obligées de recourir à l'arbitrage. Mais il est indéniable qu'elles y recourent de manière très fréquente en matière internationale, presque systématiquement. La place de l'arbitrage est donc centrale dans la résolution des conflits commerciaux internationaux. En outre, les usages, s'ils ont une place relativement modeste en droit interne (1), jouent un rôle beaucoup plus grand en droit du commerce international. Ce phénomène est dû à l'emprise moins forte qu'exerce l'Etat. Là où l'Etat ne peut ou ne veut intervenir, il laisse place à des normativités privées. On a pu dire, à cet égard, que les usages étaient les « enfants chéris » du droit du commerce international (2). De même, les parties vont à l'arbitrage aussi pour être jugées en application des usages. Dès lors, l'applicabilité des usages est l'une des raisons qui poussent les parties à un contrat, en particulier international, à stipuler une convention d'arbitrage. Cela fait partie des avantages de cette forme de justice.

Il est donc fortement rationnel de lier l'usage et l'arbitrage international. Ils forment un véritable couple, indéniable, voire « incontournable ». L'applicabilité des usages en matière d'arbitrage international est naturelle (I). Néanmoins, la réalité se doit d'être analysée froidement. Il serait faux de penser que l'arbitre applique de manière systématique et automatique les usages. Il conviendra de se pencher également sur l'application concrète des usages en matière d'arbitrage international (II).

I. L'applicabilité naturelle des usages en matière d'arbitrage commercial international

Comme l'écrivait Philippe Fouchard, « l'arbitre a une vocation en quelque sorte naturelle à faire application des usages » (3).

Une telle tendance découle des textes qui invitent

1) Même si leur importance ne doit pas être sous-estimée (v. M. Salah M. Mahmoud, Rép. com. Dalloz. V° Usages commerciaux, 2007 ; P. Mousseron (dir.), Les usages en droit de l'entreprise, LexisNexis, 2010).

2) E. Loquin, « Les règles matérielles internationales », *Rec. Cours La Haye* 2006, t. 322, p. 9, spéc., n° 245, p. 110.

3) « Les usages, l'arbitre et le juge », in *Le droit des relations économiques internationales*, Mélanges offerts à B. Goldman, Litec, 1982, p. 67, spéc., p. 81, texte reproduit in *Ecrits*, Comité français de l'arbitrage, 2007, p. 337. V., aussi, P. Bellet, « Le rôle des usages en matière d'arbitrage international suivant la jurisprudence française », *J. société législation comparée*, 1985, p. 231.

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

5) « Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction ».

6) « Dans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat et des usages du commerce pertinents ». V. dans le même sens, l'article 21.2 du nouveau règlement CCI applicable à compter du 1^{er} janvier 2012.

7) « Dans tous les cas, le tribunal arbitral statue conformément aux stipulations du contrat, le cas échéant, et tient compte de tout usage du commerce applicable à l'opération ».

8) Dans le même sens, v. Code de procédure civile néerlandais (art. 1054.4).

9) En ce sens, E. Loquin, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, n° 279 et s., p. 122.

10) Ph. Fouchard, « Les usages, l'arbitre et le juge », *op. cit.*, p. 74 et s.

11) E. Fohrer-Dedeurwaerder, La prise en considération des normes étrangères, *LGDJ*, 2008.

12) Ph. Fouchard, « Les usages, l'arbitre et le juge », *op. cit.*, p. 82 et s.

13) Même si elle nous semble indéniable, il ne faut en effet pas exagérer la différence entre les usages internes et les usages internationaux (P. Mousseron, « L'originalité des règles applicables au contrat international », *Journal des Sociétés*, Juin 2009, n° 66, p. 24.)

14) « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », in *Études offertes à P. Bellet, Litec*, 1991, p. 203.

15) « La réalité des usages du commerce international », *Rev. int. dr. éco.* 1989, p. 163.

16) M. Salah M. Mahmoud, « L'usage *contra legem* », *Petites affiches*, n° 134, nov. 1991, p. 6.

17) En ce sens, v. E. Gaillard, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », *op. cit.*, n° 24, p. 216 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international, Litec*, 1996, n° 1513 et s., p. 856 et s. Adde, D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse dactyl., Paris II, 1992, n° 968 et s., p. 639 et s. ; J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international, Bruylant LGDJ, Schulthess*, 2002, n° 694, pp. 630-631 ; J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international, Dalloz*, 2^{ème} éd., 2010, n° 41, p. 28.

et incitent les arbitres à appliquer les usages. Pour ne donner que quelques exemples, on peut citer l'article 7.1 de la Convention de Genève du 21 avril 1961 (4), l'article 28.4 de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (5), l'article 17.2 du règlement d'arbitrage de la CCI (6) ou bien encore l'article 35.3 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version 2010) (7). En France, l'article 1511 al. 2 CPC issu de la réforme du 13 janvier 2011 (et qui reprend à la lettre l'ancien article 1496 al. 2 du même code) dispose qu'« Il (le tribunal arbitral) tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce » (8). Tous ces textes convergent vers une seule et même direction : il entre naturellement dans la fonction de l'arbitre de faire référence aux usages. Une telle convergence permet de voir dans la solution un véritable *principe général du droit de l'arbitrage international*. De manière générale, il ressort de l'étude comparée des textes pertinents que les arbitres ont vocation, par nature, à appliquer les usages. Autrement dit, le droit de l'arbitrage international fait des usages une source autonome de droit (9).

Mais de quoi s'agit-il exactement ? Quel est le rôle de l'arbitre en la matière, plus précisément quels sont les contours de sa mission ? Tentons d'analyser de plus près l'article 1511 al. 2 CPC.

Ce texte précise que l'arbitre tient compte des usages « dans tous les cas ». C'est une formulation très générale. Quels sont les différents cas envisagés ? Il s'agit tout d'abord des situations dans lesquelles les parties ont choisi un droit pour régir leur relation. Un tel choix n'empêche pas l'arbitre de consulter les usages et ce, quel que soit le droit choisi par les parties, qu'il s'agisse d'une loi étatique (la provenance de celle-ci étant indifférente : loi française, loi anglaise, loi japonaise, etc.) ou bien d'un droit non étatique (la *lex mercatoria* pour faire court). Il s'agit ensuite des cas dans lesquels les parties n'ont pas choisi les règles de droit applicables. L'arbitre, qui doit alors déterminer par lui-même le droit applicable, est également invité à tenir compte des usages. Toutes les hypothèses sont donc couvertes, ce qui renforce encore la généralité du principe. On peut également déduire de la formulation de l'article 1511 al. 2 CPC que les parties n'ont pas à se référer spécialement aux usages. Si l'arbitre tient compte « dans tous les cas » des usages, c'est indépendamment d'une référence spéciale des parties à ceux-ci, notamment dans leur convention d'arbitrage ou leur clause d'élection de droit (10).

L'article 1511 al. 2 CPC indique par ailleurs que le tribunal arbitral « tient compte » des usages. Il n'est pas dit que l'arbitre les applique. La différence

doit être notée. Il est en effet classique, notamment en droit international privé, de distinguer l'application *stricto sensu* d'une norme et sa prise en considération (11). Il s'agit dans notre domaine d'un cas similaire : l'arbitre est porté à tenir compte de l'usage, c'est-à-dire à aller le consulter pour en déduire des effets. En réalité, il nous semble que derrière l'expression réside un principe de liberté : la formulation a été choisie pour donner à l'arbitre une grande marge de manœuvre dans l'appréciation de l'impact d'un usage sur le litige. Il peut, selon nous, non seulement appliquer, au sens strict, un usage, tout comme il peut en déduire tout effet notamment sur l'interprétation de la volonté des parties (ce qui renvoie à la distinction entre usages normatifs et usages conventionnels).

Toutefois, si l'on prend l'article 1511 al. 2 CPC au pied de la lettre, on serait en droit d'en déduire un véritable devoir de l'arbitre de tenir compte des usages. Ce texte déclare que le tribunal arbitral « tient » compte et non pas qu'il « peut tenir » compte. C'est l'indicatif qui a été choisi, indicatif qui, en droit, a valeur d'impératif. Peut-on aller encore plus loin et voir dans cette disposition un devoir de l'arbitre de tenir compte *même d'office* des usages ? Une telle orientation conforterait l'idée que l'arbitre serait le juge naturel des usages. Il en ferait ainsi application d'office parce qu'il les connaîtrait (ou serait censé les connaître). Transparaît de cette vision l'idée que l'arbitrage serait une justice qui n'appliquerait pas un droit savant ou académique, mais un droit vivant et en prise avec la pratique. Néanmoins, là encore, l'arbitre jouit d'une grande liberté : on ne saurait normalement reprocher à un arbitre de ne pas avoir tenu compte d'un usage et aucun contrôle n'est exercé sur la manière dont l'arbitre a tenu compte ou non de l'usage (12). Si devoir il y a, il ne peut s'agir que d'un devoir aux contours diffus.

Enfin, l'article 1511 al. 2 CPC fait mention des « usages du commerce ».

Tout d'abord, on doit remarquer que ce n'est pas l'expression d'usages du commerce « international » qui est employée, alors même que le texte concerne l'arbitrage international. Tous les usages du commerce sont visés sans que l'on s'intéresse à leur source (interne ou internationale (13)). Ce qui importe, c'est que l'usage soit commercial, c'est-à-dire intéresse des commerçants. Dans cette optique, n'aurait-il pas été préférable, ce particulièrement à l'occasion de la réforme du 13 janvier 2011, de substituer à l'expression d'« usages du commerce » celle d'« usages professionnels » ? On sait en effet que la catégorie de professionnels est plus large que celle de commerçants. L'expression d'usages professionnels aurait sans doute été plus pertinente

(même si, au regard du droit de l'arbitrage international, la notion de commercialité est conçue de manière extensive).

Ensuite, l'article 1511 al. 2 CPC se réfère à la notion d'usage sans en apporter de définition. C'est là une question cruciale. Qu'est-ce qu'un usage du commerce au sens du Code de procédure civile ? Contrairement à ce que l'on pourrait penser *a priori*, il ne s'agit pas ici d'un débat théorique ou académique, mais d'une question extrêmement pratique. En effet, la définition de l'usage va conditionner les contours de l'office de l'arbitre. Si celui-ci tient compte dans tous les cas des usages du commerce, il est absolument nécessaire de s'entendre sur la définition à apporter à ces usages. La question rebondit : faut-il limiter la définition aux seules pratiques habituellement suivies dans une branche commerciale considérée ou bien peut-on englober dans la catégorie des usages du commerce l'ensemble de la *lex mercatoria*, y compris les principes généraux du droit ? Autrement dit, doit-on avoir une lecture restrictive ou bien au contraire extensive de la notion d'usage ? La première interprétation restreint les pouvoirs de l'arbitre, tandis que la seconde les élargit considérablement. De manière très schématique, la doctrine s'est divisée en deux courants. La première conception a été mise en valeur par Emmanuel Gaillard qui a entendu distinguer nettement les usages des principes généraux du droit (14). La seconde conception a pu être défendue par Eric Loquin qui a intégré dans la catégorie des usages du commerce international l'ensemble des normes issues de la *lex mercatoria*, y compris les principes généraux du droit et la jurisprudence arbitrale (15).

En réalité, la question se pose concrètement lorsque les parties ont choisi une loi étatique. Dans cette situation, quelle est la marge de liberté d'un arbitre en présence d'un usage ? On peut répondre à cette question en envisageant trois hypothèses selon que loi choisie et usages sont en situation de convergence, de complémentarité ou de contrariété.

En cas de convergence, l'hypothèse, par définition, ne génère aucun problème : l'usage conforte la solution issue du droit étatique. Nous sommes dans une situation idéale : le droit étatique est rejoint par le droit corporatif. Il y a fort à parier que, dans ce cas, l'arbitre motivera sa sentence par une référence spéciale à l'usage, ce qui renforcera d'autant la légitimité de sa solution.

En cas de complémentarité, il n'existe pas non plus de problème. Ce sont des cas dans lesquels l'usage comble une lacune de la loi choisie ou bien dans lesquels la loi elle-même renvoie aux usages. L'arbitre ne fera pas une application cumulative de la loi choisie et de l'usage, comme dans la situation

précédente, mais une application alternative : l'usage sera appliqué dans le silence ou par délégation de la loi choisie.

En cas de contrariété, en revanche, un sérieux problème se pose. Il existe alors un conflit entre la loi choisie et l'usage. C'est ici une application exclusive de l'un ou de l'autre qui est requise. Mais que faire prévaloir ? La loi choisie par les parties ou bien l'usage ? Dans notre cas, il s'agit au sens propre d'un usage *contra legem*. La question, classique en droit interne (16), est renouvelée en matière internationale : lorsque les parties ont choisi une loi, celle-ci ne pourrait-elle pas être écartée au profit des usages du commerce international qui, par définition, ont la légitimité de répondre aux besoins du commerce international ? Il nous semble néanmoins que, dans cette hypothèse, l'arbitre devrait en principe faire prévaloir la loi choisie par les parties. En effet, il entre dans la mission de l'arbitre d'appliquer une telle loi. Il peut, et même peut-être doit, tenir compte des usages du commerce. Mais cette prise en compte ne doit pas normalement aller jusqu'à renverser le choix des parties. Cela conduit logiquement à prôner dans cette situation une vision plutôt restrictive des usages du commerce, au sens de pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité déterminée (17), voire, plus généralement, dans le milieu des commerçants internationaux. Envisager les usages du commerce de manière extensive risquerait en effet d'augmenter les possibilités de conflit avec la loi choisie par les parties. Une telle tendance porterait également en elle le risque d'offrir la possibilité aux arbitres d'écarter la loi choisie, et ainsi de faire fi de la volonté des parties, par référence à la *lex mercatoria* de manière globale. Il ne s'agit absolument pas de nier la spécificité et l'intérêt des usages du commerce international ni de remettre en cause leur force normative (18). Il convient en réalité de les distinguer des autres normes composant la *lex mercatoria*, en particulier des principes généraux du droit (19). Une telle définition de l'usage a, au surplus, le mérite de globalement rejoindre celle donnée par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (20) et par les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (21).

Il convient néanmoins d'apporter à nos propos deux nuances de taille.

En premier lieu, il est classique, en cas de conflit entre la loi et un usage, de distinguer selon que la loi est supplétive ou impérative (22). Dans le premier cas, c'est l'usage qui l'emporte. La solution est inverse dans le second cas. Dans notre hypothèse, il serait possible de transposer la solution en l'adaptant aux spécificités du droit

18) Sur cette notion, v. Ch. Thibierge (dir.), *La force normative, LGDJ-Bruyant*, 2009.

19) V. J.-B. Racine et F. Siiriainen, *Droit du commerce international, Dalloz*, 2^{ème} éd., 2011, n° 103 et s.

20) Art. 9.2 : « Sauf convention contraire des parties celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée ».

21) Article 1.9. 2 : « Elles (les parties) sont liées par tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée, à moins que son application ne soit déraisonnable ».

22) M. Salah M. Mahmoud, *Usages commerciaux, op. cit.*, n° 64 et s.

23) Dans le même esprit, v. P. Mousseron, « L'exception d'internationalité applicable aux contrats », in *Etudes F.-Ch. Jeantet, LexisNexis*, 2010, p. 377.

24) V. *infra*.

25) J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Préf. Ph. Fouchard et avant-propos L. Boy, *LGDJ*, 1999, n° 669 et s., p. 373 et s.

26) I. Cadet, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *Rev. int. dr. éco.* 2010, p. 401.

27) Sur ce thème, v. P. Lalive, « Ordre public transnational (ou "réellement international") et arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, p. 323 ; Ch. Kessedjian, « Transnational Public Policy », *ICCA Congress series*, n° 13, *International Arbitration 2006 : Back to the Basics ? A. Van den Berg (éd.)*, Kluwer, 2007, p. 857 ; P. Lalive, « L'ordre public transnational et l'arbitre international », in Liber F. Pocar, *Giuffrè éd.*, Milan, 2009, p. 599 ; M. Forteau, « L'ordre public "transnational" ou "réellement international". L'ordre public international face

à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *JDI* 2011, p. 3.

28) Ph. Fouchard, « Droit et morale dans les relations économiques internationales », *Rev. Sciences morales et politiques*, 1997, n° 3, p. 1 ; I. Barrière-Brousse, « Ethique et *lex mercatoria* », in *Mondialisation et éthique des échanges*, Lib. Univ. Aix., coll. Ethique et déontologie, 2003, p. 89 ; Collectif, *L'éthique dans les relations économiques internationales en hommage à Philippe Fouchard*, Pedone, 2006 ; E. Putman, « L'éthique de la *lex mercatoria* », *RRJ* 2008, p. 1855.

29) Paris, 31 octobre 1989, *D.* 1989, IR, p. 298 ; Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 1994, *Rev. arb.* 1995, p. 88, 1^{ère} esp., note E. Gaillard ; Paris, 5 mars 1998, *Rev. arb.* 1999, p. 86, note E. Gaillard.

30) En ce sens, P. Fouchard, « Les usages, l'arbitre et le juge », *op. cit.*, p. 87 : « sur le terrain des principes, il paraîtrait inacceptable que des usages relevés d'office par un arbitre puissent être appliqués sans que les parties aient été en mesure d'en débattre contradictoirement ». De manière générale, v. C. Chainais, « L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. arb.* 2010, p. 3.

31) Sachant que la jurisprudence est très restrictive dans le contrôle de la conformité à l'ordre public international, exigeant une contrariété flagrante, concrète et effective (Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2008, *Rev. arb.* 2008, p. 473, note I. Fadlallah ; *JDI* 2008, p. 1107, note A. Mourre ; *D.* 2008, p. 3118, obs. Th. Clay ; *RTD. Com.* 2008, p. 518, obs. E. Loquin ; *JCP éd. G* 2008, I, 164, n° 8, obs. Ch. Seraglini).

32) B. Hanotiau, « L'arbitrabilité », *Rec. Cours La Haye*, 2002, t. 296, p. 25.

33) Ph. Fouchard, « Les usages, l'arbitre et le juge », *op. cit.*, p. 78 et s.

du commerce international. Devant un arbitre international, en cas de conflit entre la loi choisie par les parties et un usage, plus spécifiquement un usage du commerce international, ne faudrait-il pas se limiter à faire prévaloir les dispositions *internationalement* impératives de la loi choisie ? Autrement dit, un usage du commerce international prévaudrait sur les dispositions d'ordre public interne de la loi élue par les parties (23). Seules les lois de police écarteraient l'application de l'usage. Dans la limite du respect par l'arbitre de sa mission (24), il y aurait ainsi une applicabilité naturelle de l'usage, usage qui a le mérite, le plus souvent, de correspondre aux besoins du commerce international (ce que ne fait pas naturellement une loi étatique).

En second lieu, un arbitre a la possibilité d'écarter la loi choisie par les parties si elle s'avère être contraire à l'ordre public transnational. Il n'est pas douteux dans notre esprit que les usages sont une source, parmi d'autres, de cette forme originale d'ordre public (25). Sans pour autant que les seuls usages suffisent à constituer une norme d'ordre public transnational, ils y contribuent de manière significative. Dans cette hypothèse, l'usage peut être à l'origine d'une éviction de la loi étatique normalement compétente. Plus largement, émergent aujourd'hui de nouveaux usages qui portent en eux des valeurs éthiques. On a pu avancer que la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des entreprises était une nouvelle source d'usages internationaux (26). A ce titre, le lien avec l'arbitrage gagne à être établi. Les arbitres ne doivent en effet pas se contenter d'être les juges « serviles » du contrat. Ils doivent, selon nous, prendre en charge, avec d'autres institutions, le respect de valeurs fondamentales, aptes à constituer une forme d'ordre public transnational (27). Dans cette perspective, les usages ont leur rôle à jouer. Ceux-ci ne doivent plus uniquement servir à ajuster des intérêts interindividuels. Ils peuvent également servir à la sauvegarde d'une forme d'intérêt général mondial et s'inscrire ainsi dans la prise en compte d'une éthique du commerce international (28).

Il n'en reste pas moins que l'arbitre, dans tous les cas, bénéficie d'une très grande liberté. Le principe de non-révision au fond des sentences arbitrales s'applique naturellement en la matière. Il n'est donc pas question de vérifier *a posteriori* la bonne ou la mauvaise application ou prise en compte d'un usage. Il faut en réalité se couler dans le moule des motifs d'annulation ou de refus d'*exequatur* prévus par les textes. En matière internationale, trois griefs parmi les cinq existants peuvent être sollicités s'agissant des usages.

En premier lieu, l'article 1520-3° CPC qui concerne le respect par l'arbitre de sa mission. C'est revenir

au débat précédant : lorsque les parties ont choisi une loi applicable, il entre normalement dans la mission de l'arbitre de l'appliquer. Il doit être prudent si un usage contrarie la loi choisie ou bien s'il entend appliquer l'usage à la place de cette loi. Même si l'article 1511 al. 2 CPC lui permet de tenir compte d'un usage, ce qui lui confère ainsi expressément le pouvoir de le faire, l'arbitre qui écarte ou n'applique pas la loi choisie au profit d'un usage risque d'exposer sa sentence à une annulation ou à un refus d'*exequatur*. Signe que la prudence est de mise dans la pratique, mais également que les juges ne veulent pas venir contrôler l'application par les arbitres des usages, il n'existe pas, à notre connaissance, de cas jurisprudentiels dans lesquels aurait été constatée une violation par l'arbitre de sa mission dans l'hypothèse visée. Les cas connus dans lesquels le motif de la violation de sa mission par l'arbitre était invoqué en présence de l'application d'un usage, au contraire, montrent que le grief n'a pas été retenu (29). Au nom de cette prudence, mais qui est alors mâtinée d'audace, pour que l'arbitre applique l'usage contre la loi élue ou à sa place, il faut, selon nous, que la loi soit supplétive ou bien, si elle est impérative, que cette impérativité soit cantonnée à la matière interne et que l'usage réponde manifestement aux besoins du commerce international.

En deuxième lieu, l'article 1520-4° CPC conduit l'arbitre à respecter le principe de la contradiction lorsqu'il tient compte d'un usage, même si ce dernier est censé être connu des parties. Il en va particulièrement ainsi lorsque l'arbitre soulève d'office l'existence d'un usage. Il doit alors logiquement appeler la contradiction des parties sur ce chef (30).

En troisième lieu, l'arbitre doit, au regard de l'article 1520-5° CPC, rendre une sentence conforme à l'ordre public international. Il en va naturellement ainsi lorsqu'il tient compte des usages du commerce (31).

Au final, on doit constater que le contentieux post-arbitral relatif à l'article 1496 al. 2 CPC était extrêmement réduit. Gageons qu'il le sera évidemment tout autant en vertu de l'article 1511 al. 2 CPC rédigé de manière identique. Cela veut dire que, dans la pratique, l'application par les arbitres des usages ne suscite pas de réelles difficultés. A tous égards, l'applicabilité des usages est naturelle. Mais leur application concrète est-elle fréquente ? C'est là une autre question.

II. L'application concrète des usages en matière d'arbitrage commercial international

L'arbitrage est-il véritablement le terrain d'élection des usages ? Il est, selon nous, nécessaire de vérifier

cette hypothèse. Certes, la tâche est difficile, car les sentences sont la plupart confidentielles. Le monde de l'arbitrage est secret. Néanmoins, on peut avancer, à partir de l'observation de ce que la pratique arbitrale donne à voir, l'idée selon laquelle les usages sont certes appliqués en matière d'arbitrage, plus que devant les juridictions étatiques, mais pas systématiquement et pas nécessairement en masse.

Tout d'abord, l'arbitrage n'est plus limité à la stricte matière commerciale. L'extension de l'arbitrabilité des litiges implique que les arbitres ne connaissent pas uniquement de litiges entre commerçants ou plus largement entre professionnels, ce qui prouve l'essor de l'arbitrage en dehors de son domaine d'origine (32). L'arbitrage, à certaines conditions, peut ainsi être admis en droit de la consommation ou en droit du travail. Or les usages ne sont applicables en principe qu'entre professionnels (33). Dès lors, un usage ne peut normalement lier un non-professionnel, étant inopposable à ce dernier. Par conséquent, à mesure que l'arbitrage s'étend au-delà de la matière commerciale, la place des usages est naturellement moindre.

Ensuite, même dans le contentieux commercial « classique », il serait faux de penser que les usages, au regard de la définition que nous en avons donnée, sont omniprésents. En fait, il faut distinguer l'arbitrage commercial international « commun » et l'arbitrage professionnel ou corporatif.

S'agissant du premier, la place des usages est toute relative, même si, naturellement, elle existe. On prendra à cet égard l'exemple de l'arbitrage issu de la Chambre de commerce internationale. Il serait évidemment inexact de prétendre que les usages n'ont aucune place (34). Il existe de nombreuses sentences y faisant référence (35). Néanmoins, il y a une évidence : la majorité des sentences arbitrales CCI sont rendues en application d'une loi étatique. Ces sentences ne sont pas toujours publiées, car ce qui relève d'une pratique « routinière » ne présente pas forcément un grand intérêt aux yeux du public. Ce sont surtout les sentences sortant de l'ordinaire qui font l'objet d'une publication. En toute hypothèse, les arbitres appliquent très souvent une loi étatique, principalement dans des cas où, par souci de sécurité juridique, les parties elles-mêmes ont choisi une telle loi pour régir leur contrat. Certes, un arbitre n'applique pas une loi comme le ferait un juge de l'Etat concerné (36). Il n'en demeure pas moins que *c'est une loi étatique*

qui, fréquemment, fournit la solution d'un litige arbitral.

Néanmoins, la place des usages ne doit pas être minimisée à outrance. Il existe des usages qui font l'objet d'une application récurrente, à savoir ceux qui sont codifiés par la CCI elle-même : les Incoterms (37) et les règles et usances relatives aux crédits documentaires (38). De même, les usages investissent désormais le champ du droit de l'arbitrage lui-même. Par exemple, la règle de l'extension d'une clause d'arbitrage au sein d'un groupe de sociétés a pu être qualifiée, ne serait-ce qu'implicitement, d'usage du commerce international (39). L'usage ne se limite plus aux aspects substantiels d'un litige, mais couvre également certains aspects processuels.

S'agissant de l'arbitrage professionnel ou corporatif, la place des usages est beaucoup plus grande. Nous sommes là au sein d'une véritable « place forte » des usages. Il s'agit de l'arbitrage rendu au sein d'une corporation professionnelle, par exemple dans le commerce de blé, de coton, de café, etc. C'est un arbitrage assez méconnu, mais qui fonctionne très bien. Les litiges portent le plus souvent sur des questions de qualité des produits (on parle souvent à ce titre d'arbitrage de qualité (40)). Dans le cadre de cette forme d'arbitrage, la place des usages est réellement centrale. Nous ne prendrons qu'un exemple parmi d'autres : les Règles et usages du commerce intereuropéen des pommes de terre (RUCIP 2006) (41). Ces règles sont divisées en trois parties : la première contient les règles et usages au sens propre, la deuxième est consacrée à un règlement d'expertise et la troisième accueille un règlement d'arbitrage. Dans ces règles, les usages et le recours à l'arbitrage sont étroitement liés, à tel point que la liste des usages et le règlement d'arbitrage figurent dans le même document. On peut ainsi dire que dans l'arbitrage corporatif, le lien entre l'arbitrage et les usages est plus que naturel ; il est indissoluble (42). C'est dans cette forme d'arbitrage que nous rencontrons le plus souvent les usages, quasiment systématiquement.

Ainsi, la place que tiennent les usages en matière d'arbitrage commercial international diffère-t-elle selon les situations (notamment suivant ce que les parties ont stipulé), selon les types d'usages et selon les formes d'arbitrage. Si le rôle joué par les usages est dans tous les cas important, il est donc fondamentalement « à géométrie variable ».

34) Y. Derains, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.* 1973, p. 122 ; H. E. Erdem, « The role of trade usages in ICC arbitration », in *Liber Amicorum S. Lazareff, Pedone*, 2011, p. 247.

35) Pour des exemples, v. sentence CCI n° 3202 de 1978, *JDI* 1979, p. 1003, obs. Y. Derains (affacturage) ; sentence CCI n° 5865 de 1989, *JDI* 1998, p. 1008, obs. D. H. (vente de pétrole brut) ; Sentence CCI n° 8501, *JDI* 2001, p. 1164, obs. E. J. (vente) ; sentence CCI n° 7139 de 1995, *JDI* 2004, p. 1272, obs. Y. D et B. D. (contrat d'entreprise) ; sentence CCI n° 12418 de 2004, *JDI* 2008, p. 1188, obs., J.-J. A. (vente).

36) P. Mayer, « L'arbitre et la loi », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Etudes offertes à P. Catala, Litec*, 2001, p. 225.

37) Qualifiés expressément d'usages du commerce international par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt du 9 juin 2011 (aff. C-87/10) rendu au regard du règlement Bruxelles I.

38) Sur la qualification d'usages, v. Ph. Fouchard, « La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale », *Rev. jurisp. com.* 1984, p. 68, texte reproduit in *Ecrits, Comité français de l'arbitrage*, 2007, p. 677.

39) Sentence CCI n° 4131, 23 sept. 1982, *Dow Chemical, JDI* 1983, p. 899, obs. Y. Derains ; *Rev. arb.* 1984, p. 137.

40) Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit.*, n° 32, p. 26.

41) Consultables sur : <http://www.cde-montpellier.com/consetuditheque>.

42) Même si l'application des usages professionnels n'est bien sûr pas l'apanage des juridictions arbitrales. Pour un exemple d'application d'usages par une juridiction étatique, v. CA Montpellier, 3 décembre 2002, *JDI* 2004, p. 888, note S. Poillot-Peruzzetto (Règles et usages de la Fédération internationale du commerce des semences pour le commerce des semences végétales).

Le renouveau en Droit OHADA : Les usages contribuent-ils à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique ?

**Olga Ballal,
Doctrante**

1) E. Le Roy, *Les Africains et l'institution de la justice, Entre mimétismes et métissages*, Dalloz, 2004, p. 42-43.

2) P. Mousseron, *Introduction terminologique : des usages aux bonnes pratiques professionnelles*, *Journal des Sociétés*, Octobre 2011, n°91, p.XXXX

3) A. M. Cartron, S. Thouvenot, *Adhésion de la République Démocratique du Congo à L'OHADA: conséquences en Droit congolais et impact sur l'OHADA*, in *Les cahiers du Droit de l'entreprise*, n°1, janvier-février 2010, p. 43 et s.

4) Art. 1er du *Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*.

5) *Préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*.

6) B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers, S. Thouvenot, *Le Droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, 2ème éd., *Litec* 2010, p.1.

7) <http://www.ohada.com/fichiers/newsletters/1041/compte-rendu.pdf>, R. Beauchard, H. Saint Dahl, J. Kodo, *Compte rendu de la Conférence internationale sur l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA)*, ayant eu lieu le 13 octobre 2010, à Washington DC, Etats-Unis d'Amérique, p. 3.

8) P. Hansen, *Avocat au Barreau de Washington, Etats-Unis*, a participé à la Conférence internationale sur l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA), le 13 octobre 2010 à Washington, Etats-Unis.

Tradition orale en Droit africain. L'originalité de la règle de Droit en Afrique tient au rôle particulier que joue la palabre. Ce terme renvoie aux paroles comprises par les colons européens et traduites par des interprètes autochtones lors des négociations. La « palabre » est également utilisée, dans le contexte colonial français, pour désigner « une réunion judiciaire ou administrato-judiciaire, organisée pour régler un différend plus ou moins grave sur la base d'un mode dialogué, et non d'un mode autoritaire et imposé »(1).

Usages. Les usages peuvent être définis comme des pratiques qui, en raison de leur caractère répétitif, se voient conférer une force contraignante (2). L'importance de l'oralité comme mode d'expression en Afrique favorise le développement des sources non écrites du Droit et notamment des usages.

Droit des affaires en Afrique. Le 17 octobre 1993, à Port-Louis (Ile Maurice), 14 Etats (le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la République Centrafricaine, l'Union des Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad et le Togo) ont signé le *Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, créant, ainsi, l'OHADA. Depuis cette date, trois pays se sont ajoutés à la liste des Etats membres, la Guinée, la Guinée-Bissau et plus récemment la République Démocratique du Congo (3).

OHADA. L'OHADA a pour objectifs principaux d'harmoniser le Droit des affaires des Etats membres « par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies », de promouvoir l'arbitrage comme mode de règlement des différends contractuels (4) et de favoriser la création d'une communauté économique, « en vue d'accomplir de nouveaux progrès sur la voie de

l'unité africaine » (5). L'harmonisation du Droit des affaires dans les Etats-parties a également pour but la mise en place « d'un cadre juridique sécurisé et attractif pour les investissements » (6), en passant notamment par la suppression des disparités entre les pays membres de l'organisation. « *Le fait de retrouver un même environnement juridique dans plusieurs pays et dont la cohérence est assurée par une juridiction supranationale est un facteur rassurant pour les investisseurs* » (7). Les disparités entre les pays membres de l'OHADA ne tiennent pas tant au système juridique ou à la langue utilisés dans les différents Etats mais davantage aux règles de Droit, elles-mêmes. En effet, à l'exception de la partie anglophone du Cameroun qui a adopté un système de Common law, les autres Etats-parties de l'OHADA sont, en majorité, empreints du système civiliste. Toutefois, « *L'OHADA n'est pas, selon Hansen (8), une simple compilation du droit français, mais plutôt une législation moderne qui entraîne les Etats Membres du traité dans la sphère mondiale de la lex mercatoria* » (9).

Institutions de l'OHADA. L'OHADA est composée de quatre institutions. Le Conseil des ministres de la justice et des finances adopte les « Actes uniformes » applicables dans les ordres juridiques nationaux des Etats-parties et primant sur les droits nationaux. Le Secrétariat permanent est rattaché au Conseil des ministres et prépare tous les actes ainsi que le programme annuel d'harmonisation du Droit des affaires. L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature est en charge de la formation des magistrats et auxiliaires de justice des Etats membres. Enfin, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) a pour rôle, comme son nom l'indique, de régler les différends qui lui sont soumis.

Actes uniformes issus de l'OHADA. Depuis la naissance de l'OHADA, le Conseil des ministres

a adopté huit « Actes uniformes » portant sur le Droit commercial général (AUDCG), le Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE), l'organisation des sûretés (AUOS) (10), l'organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUOPSRVE) (11), l'organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUOPCAP) (12), le Droit de l'arbitrage (AUDA) (13), l'organisation et l'harmonisation des comptabilités des entreprises (AUOHCE) (14) et les contrats de transport de marchandises par route (AUCTMR) (15). Le législateur de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des affaires (OHADA) fait référence aux usages à de nombreuses reprises dans les Actes uniformes relatifs au Droit commercial général, à l'organisation des procédures collectives d'apurement du passif, au Droit de l'arbitrage et aux contrats de transport de marchandises par route.

Ces textes s'appliquent dans tous les Etats membres de l'OHADA. Ils priment sur les Droits nationaux. En effet, en cas de conflit entre une règle issue du Droit national d'un Etat-partie à l'OHADA et une disposition émise par le Droit de ladite organisation, cette dernière prévaut. Deux projets d'Actes uniformes sont en cours de réalisation. Ils traitent du Droit du travail et du Droit des contrats. Toutefois, s'agissant de simples projets, ils ne seront donc pas analysés dans le cadre de cette étude.

Les usages peuvent être analysés comme étant facteurs (I) mais également limites (II) à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique.

I. Les usages, facteurs d'harmonisation du Droit des affaires en Afrique

Les usages participent à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique en raison des similitudes existant dans leur structure (A), dans leur invocabilité dans les Actes uniformes de l'OHADA (B) ainsi que dans leur force contraignante (C).

A. Les similitudes liées à la structure des usages

Éléments caractéristiques des usages. Les Actes uniformes ne définissent pas les éléments constitutifs des usages. Toutefois, l'article 177 (16) de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général et l'article 239 alinéa 2 (17) du même Acte uniforme apportent quelques précisions. Au regard de l'intitulé « Droit commercial général » et notamment du qualificatif « général », ainsi que

de la nature des caractéristiques, il est possible de considérer que les critères posés par ces dispositions ne sont pas applicables uniquement aux usages visés par l'Acte uniforme en question mais bien à tous les Actes uniformes mentionnant la notion d'usages. Ainsi, conformément à la lettre des deux articles précités, les usages doivent, d'une part, avoir une nature commerciale, d'autre part, être largement connus et enfin être régulièrement observés par les parties. Ces trois éléments doivent se retrouver dans toutes les pratiques susceptibles de constituer des usages, nonobstant l'origine de la pratique, c'est-à-dire sa nationalité. C'est en cela que les éléments caractéristiques des usages doivent être considérés comme un facteur d'harmonisation du Droit des affaires en Afrique.

Commercialité des usages. La première caractéristique des usages en Droit de l'OHADA est celle de la commercialité. L'article 177 de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général met en avant l'idée selon laquelle l'usage doit être considéré comme tel « *dans le commerce* ». Cette caractéristique est reprise par les articles 239 alinéa 2 du même Acte uniforme ainsi que l'article 197 de l'Acte uniforme relatif à l'organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Il faut donc qu'il soit pratiqué entre commerçants ou dans le cadre d'une relation commerciale. De la sorte, un usage civil, pratiqué par deux individus n'étant pas commerçants ou par deux commerçants en dehors du cadre professionnel, ne saurait être qualifié d'usage au sens de l'article précité.

Connaissance large des usages par les parties. La seconde caractéristique requise par les articles 177 et 239 alinéa 2 de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général est celle de la « *connaissance large* » de l'usage par les parties.

Régularité d'observation des usages par les parties. Enfin, les usages doivent être régulièrement observés par les parties. Cette condition s'ajoute de manière cumulative, aux deux précédentes. Toutefois, l'emploi du terme « *régulièrement* », de même que celui du terme « *largement* », pourront entraîner certaines difficultés. En effet, ce qui est régulier ou largement connu pour une partie ne le sera pas nécessairement pour l'autre, selon les intérêts en jeu.

B. Les similitudes liées à l'invocabilité des usages dans les Actes uniformes de l'OHADA

Invocabilité des usages en Droit de l'OHADA. C'est parce que le Droit uniforme fait référence aux usages qu'il est possible de considérer leur invocabilité comme étant un

9) <http://www.ohada.com/fichiers/newsletters/1041/compte-rendu.pdf>, R. Beauchard, H. Saint Dahl, J. Kodo, Compte rendu de la Conférence internationale sur l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA), ayant eu lieu le 13 octobre 2010, à Washington DC, Etats-Unis d'Amérique, p. 3.

10) Ces trois premiers Actes uniformes ont été adoptés à Cotonou (Bénin) le 17 avril 1997 et sont entrés en vigueur le 1er janvier 1998.

11) Adopté le 10 avril 1998 à Libreville (Gabon) et entré en vigueur le 10 juillet 1998.

12) Adopté le 10 avril 1998 à Libreville (Gabon) et entré en vigueur le 1er janvier 1999.

13) Adopté le 11 mars 1999 à Ouagadougou (Burkina Faso) et entré en vigueur le 11 juin 1999.

14) Adopté le 23 mars 2000 à Yaoundé (Cameroun). La première partie de l'Acte uniforme relative aux comptes personnels des entreprises est entrée en vigueur le 1er janvier 2001. La deuxième partie de l'Acte portant sur les comptes consolidés et combinés est entrée en vigueur le 1er janvier 2002.

15) Adopté le 22 mars 2003 à Yaoundé (Cameroun) et entré en vigueur le 1er janvier 2004.

16) Art. 177 AUDCG, « *Le représenté et l'intermédiaire d'une part, l'intermédiaire et le tiers saisi d'autre part, sont liés par les usages dont ils avaient ou devaient avoir connaissance, et qui, dans le commerce, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des rapports de représentation de même type, dans la branche commerciale considérée* ».

17) Art. 239, al. 2 AUDCG, « *Sauf conventions contraires des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat de vente commerciale, aux usages professionnels dont elles avaient connaissance, ou auraient dû avoir connaissance, et qui, dans le commerce, sont largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats de même nature dans la branche commerciale considérée* ».

18) Art. 196 AUDCG : « *Le commettant est tenu de verser au commissionnaire une rémunération ou commission, qui est due dès lors que le mandat est exécuté, et ce, que l'opération soit bénéficiaire ou non, sous réserve des règles de la responsabilité contractuelle* ».

19) A. Pedro Santos, J. Yado Toé, *OHADA : Droit commercial général*, Juriscope (Belgique) 2002, p. 281.

20) Cass. Civ. 1ère, 13 avril 1897, S. 1897, I, p. 401; En droit français, il est généralement admis que les usages *contra legem* ne peuvent prévaloir sur une norme d'origine légale ayant un caractère impératif.

21) A. Pedro Santos, J. Yado Toé, *OHADA : Droit commercial général*, Juriscope (Belgique) 2002, p. 364.

22) Voir également art. 259 du Nouveau Code des Obligations Civiles et Commerciales Sénégalais : « *Les usages constants, dans chaque région, sur chaque place et dans les diverses professions, ont la valeur de règles supplétives. Ils écartent, s'il y a lieu, les dispositions de la présente partie qui ne sont pas d'ordre public* ».

23) A. Pedro Santos, J. Yado Toé, *OHADA : Droit commercial général*, Juriscope (Belgique) 2002, p. 304.

facteur d'harmonisation du Droit des affaires en Afrique. En effet, peu importe dans quel Etat membre les parties se trouvent, le renvoi aux usages sera le même dans la mesure où le Droit de l'OHADA s'applique directement dans tous les Etats-parties à l'organisation. Ainsi, les situations dans lesquelles les usages pourront être invoqués seront identiques dans tous les pays. La question est de savoir si les usages pourront être invoqués par les parties alors même que le contrat n'y fait pas référence.

Solution en Droit français. En Droit français, conformément à l'article 1135 du Code civil, « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Ainsi, les usages ne nécessitent pas une mention expresse dans le contrat afin de se voir invoqués ou appliqués dans le cadre d'une relation contractuelle.

Solution en Droit de l'OHADA. La solution française semble applicable en Droit de l'OHADA. En effet, celui-ci est largement inspiré du Droit civil français. En outre, les pays membres de cette organisation ont, pour la majeure partie, été colonisés par la France. Lors de la décolonisation, nombre d'entre eux ont conservé et continué d'appliquer le Code Napoléonien de 1804. Or l'article 1135 du Code civil français est une disposition datant de 1804 et donc applicable dans les Etats africains colonisés par la France. Dès lors, dans le cadre d'un contrat de transport de marchandises par route par exemple, l'article 12-6° de l'AUCTMR se réfère aux cas où il serait impossible pour le transporteur d'exécuter son obligation de transport et de livrer les biens. Dans cette hypothèse, il a la possibilité de vendre les marchandises conformément aux lois et usages du lieu où elles se trouvent. Si le contrat ne mentionne pas expressément cette disposition ou l'existence d'usages en la matière, ils seront tout de même susceptibles d'être invoqués et appliqués par les parties.

C. Les similitudes liées à la force juridique des usages en Droit de l'OHADA

Les usages auront la même force juridique peu important qu'il s'agisse d'une pratique sénégalaise, togolaise ou encore ivoirienne. En effet, la force juridique s'interprète en fonction du Droit uniforme, prévalant sur les normes internes. Cette similitude dans la force contraignante s'observe dans les rapports qu'entretiennent les usages avec la Loi (1), le contrat (2) et enfin avec d'autres usages (3).

1. Force juridique des usages face à la Loi

Usages *secundum legem*. Les usages *secundum legem* sont ceux qui ont vocation à s'appliquer en vertu de la Loi dans la mesure où celle-ci y fait expressément référence. De la sorte, bien qu'ils ne soient pas codifiés, il sont utilisés de la même manière que des règles de Droit. Les usages précédemment développés entrent dans la catégorie des usages *secundum legem*.

Usages *praeter legem*. Les usages *praeter legem* sont ceux qui viennent combler un silence du législateur. En effet, dans le silence de la Loi, l'usage va venir préciser une règle de Droit dans un domaine particulier. C'est notamment le cas concernant l'article 196 de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général relatif au contrat de commission (18). En effet, en l'absence de disposition légale, le principe de la liberté contractuelle retrouve toute sa force puisqu'il appartient aux parties de fixer librement le montant de la rémunération du commissionnaire. En revanche, lorsque les contractants n'auront rien prévu dans la convention, « *la fixation du montant de la rémunération pourra être faite conformément aux usages du secteur d'activité de la profession* » (19).

Usages *contra legem*. Les usages *contra legem* sont ceux qui mettent en exergue des règles qui contredisent une disposition légale fixée par le législateur (20). Conformément à la tradition civiliste française (21), l'usage peut évincer les dispositions des Actes uniformes de l'OHADA, uniquement lorsque celles-ci ne sont pas impératives (22). Dans le cadre du contrat de courtage par exemple, il peut arriver que « *conformément aux usages sur une place donnée, le silence du donneur d'ordre pendant une certaine durée soit assimilée à une acceptation pure et simple et lie donc le donneur d'ordre* » (23). Dès lors, le donneur d'ordre devra être prudent quant aux règles et usages locaux applicables afin de ne pas se voir engagé dans une relation qu'il n'aura pas souhaitée. Un tel usage est *contra legem* dans la mesure où l'article 243 alinéa 2 de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général affirme le contraire. Il dispose que « *le silence ou l'inaction ne peut à lui seul valoir acceptation* ». Dans cette perspective, l'usage ne prévaudra sur la disposition précitée que si cette dernière ne présente pas un caractère impératif.

2. Force juridique des usages face aux dispositions contractuelles

Principe. En principe, les dispositions issues du contrat prévaudront sur les usages. L'article 15 de

l'Acte uniforme relatif au Droit de l'arbitrage en donne une illustration (24). En l'absence de règles de droit désignées par les parties, les arbitres pourront se fonder sur les usages du commerce international pour trancher un différend. Dès lors, lorsque les contractants auront exprimé un choix quant aux normes applicables à un éventuel litige, les usages n'auront pas lieu de s'appliquer. Les Actes uniformes s'appliquant dans tous les Etats-parties, cette règle vaut pour tous les contractants peu importe le pays d'origine du contrat. Ainsi, les usages sont facteurs de l'harmonisation du Droit des affaires.

Exception. Exceptionnellement, les usages prévaudront sur les dispositions contractuelles. Un seul texte attribue une force contraignante aux usages supérieure à celle des dispositions du contrat signé par les parties. Il s'agit de l'article 193 alinéa 2 de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général. Le commissionnaire doit se conformer aux instructions mentionnées dans le contrat quant à sa mission, si toutefois, elles sont précises. Cependant, si les usages s'opposent à ces instructions, en admettant par exemple, que ne relèvent pas de la mission du commissionnaire tels ou tels actes, pourtant précisés dans la convention, celui-ci n'est pas tenu d'exécuter le contrat. Dans cette perspective, les dispositions contractuelles ont une valeur inférieure à celle des usages du commerce. Les principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle se voient, dans cette situation, affaiblis par l'existence d'usages contraires aux normes conventionnelles, et ce, dans tous les Etats membres de l'organisation. Aussi, il s'agit d'un élément harmonisant le Droit des affaires dans l'espace OHADA.

Application en Droit des affaires africain.

La prévalence du contrat sur les usages doit être atténuée par l'importance de la palabre dans les pays africains. En effet, la rédaction de contrats y est peu fréquente. Dans cette perspective, rares seront les cas où les dispositions contractuelles écartent les usages.

3. Force juridique des usages face à d'autres usages : une originalité issue du Droit de l'OHADA

Article 12-6° AUCTMR. En cas d'empêchement au transport ou à la livraison, le transporteur peut, conformément à l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route, vendre les marchandises. « *La façon de procéder en cas de vente est déterminée par la loi ou les usages du lieu où se trouve la marchandise* » (25). Ainsi, lorsque les marchandises sont chargées à Abidjan, en Côte d'Ivoire, à destination de Dakar, au Sénégal,

mais que le transporteur ne peut les livrer ou les transporter, il pourra décider de les vendre. Si il se trouve en Guinée à ce moment, ce seront la loi et les usages guinéens qui s'appliqueront pour procéder à la vente et non ceux applicables en la matière dans le pays de départ ou celui de destination. La primauté des usages du lieu où se trouve la marchandise est un élément commun à tous les Etats membres de l'OHADA. Cette règle s'appliquera de façon uniforme en pareille situation. De la sorte, il s'agit d'un élément permettant d'harmoniser le Droit des affaires en Afrique.

Après avoir analysé les usages en tant que facteurs d'harmonisation du Droit des affaires en Afrique, il conviendra de les envisager en tant que limites à cette harmonisation.

II. Les usages, limites à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique

Les usages peuvent également être considérés comme des limites à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique. Ces limites sont liées à leur définition (A) ainsi qu'à leur mise en œuvre (B).

A. Les limites liées à la définition des usages

Les limites à l'harmonisation du Droit des affaires liées à la définition des usages tiennent à la diversité des usages quant à leur champ d'application géographique (1) ainsi qu'à celle tenant au secteur informel dans l'économie africaine (2).

1. La diversité des usages liée à la variété des champs d'application géographiques

Usages nationaux et régionaux. Il n'existe pas d'usages sur le plan de l'OHADA. Les Actes uniformes font effectivement référence aux usages mais il s'agit de ceux pratiqués dans les Etats membres. Dès lors, les usages se développant au niveau national auront un champ d'application limité au territoire de l'Etat concerné. Ils peuvent également être pratiqués dans une région précise d'un pays. Dans cette hypothèse, ils ne seront applicables que dans ladite région. Dans le cadre de l'Acte uniforme portant sur le contrat de transport de marchandises par route, par exemple, le prix du transport sera « *déterminé ou déterminable suivant des règles ou usages en vigueur dans chaque Etat membre, l'Acte uniforme n'ayant pas été détaillé dans ce sens* » (26). Par conséquent, le contenu desdits usages sera différent selon la zone géographique dans laquelle ils sont pratiqués, limitant ainsi le processus d'harmonisation du Droit des affaires en Afrique.

24) Art. 15 AUDA: « *Les arbitres tranchent le fond du litige conformément aux règles de droit désignées par les parties ou, à défaut, choisies par eux comme les plus appropriées compte tenu, le cas échéant, des usages du commerce international* ».

25) Art. 12-6° AUCTMR.

26) I. Khalil Diallo, Etude de l'Acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par route, Ohadata n° D-05-08.

27) A. Pedro Santos, J. Yado Toé, OHADA : Droit commercial général, Juriscope (Belgique) 2002, p. 304.

28) K. Mbaye, Le destin du Code civil en Afrique, in Le Code civil, Livre du bicentenaire 1804-2004, p. 516.

29) Cour suprême du Cameroun oriental, 26 mars 1968, Penant 1970, p. 729, cité dans Encyclopédie juridique de l'Afrique, Droit des contrats et de la responsabilité, Les nouvelles éditions africaines, 1982, p. 46.

30) C. Tohon, La contribution des commerçants dits informels à la création du droit en Afrique, Congrès 2008 de Lomé, Le rôle du droit dans le développement économique.

31) C. Tohon, La contribution des commerçants dits informels à la création du droit en Afrique, Congrès 2008 de Lomé, Le rôle du droit dans le développement économique.

Exemple du localisme des usages. Dans le cadre du contrat de courtage, il peut arriver que « conformément aux usages sur une place donnée, le silence du donneur d'ordre pendant une certaine durée soit assimilée à une acceptation pure et simple et lie donc le donneur d'ordre » (27). Dès lors, le donneur d'ordre devra être prudent quant aux règles et usages locaux applicables afin de ne pas se voir engagé dans une relation qu'il n'aura pas souhaitée. Ainsi, certaines régions des pays membres de l'OHADA admettent, conformément aux usages, que le silence vaut acceptation. Cela n'est pas le cas pour tous les Etats-parties. Il s'agit là d'une preuve du localisme des usages. Dans cette perspective, cela peut représenter une barrière à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique dans la mesure où les divers pays voire les régions, appliqueront des usages différents. Il ne s'agit pas là d'une évidence. Ce n'est pas parce que la zone concernée par l'OHADA est vaste que les usages sont nécessairement différents. Cette diversité des usages est due à l'existence de plusieurs Etats dans un même espace tous empreints de traditions juridiques et ethniques différentes.

2. La diversité des usages liée à la variété ethnique des populations africaines

Influence de la variété ethnique sur le Droit en Afrique. « La Loi est reine du milieu. Cette constatation exprime parfaitement l'idée selon laquelle le Droit est reflet de la vie sociale d'une société donnée ». (28) La diversité ethnique des populations africaines est un élément prépondérant dans l'analyse des usages et du Droit en Afrique. Au Cameroun, par exemple, la Cour suprême a jugé que « les parties n'ayant pas opté pour l'application du Droit écrit, le tribunal civil qui a plénitude de juridiction est fondé à appliquer le Droit coutumier » (29). Il s'agissait en l'espèce de deux personnes relevant de la coutume Bamileke. Elles s'étaient accordées pour soumettre le litige portant sur l'inexécution du contrat de vente au tribunal civil de Droit commun qui a appliqué la coutume audit litige. Ainsi, conformément à l'arrêt rendu par la Cour suprême, il existe un Droit coutumier de la vente au Cameroun.

La coutume en Droit africain revoie très souvent aux pratiques applicables à une certaine ethnique. Dans l'arrêt rendu par la Cour suprême du Cameroun il s'agissait des Bamileke. Les règles et usages applicables à la vente et, en l'espèce, à l'inexécution du contrat dans la coutume Bamileke sont certainement différentes de celles utilisées chez les Wolofs ou les Diolas par exemple. Dès lors, la diversité ethnique des populations est une réalité africaine et peut être considérée comme une limite à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique.

Variété ethnique et secteur informel. La diversité ethnique et son impact sur les usages en Droit africain se manifeste notamment dans le cadre du secteur informel. Il s'agit d'un phénomène qui s'est largement développé dans les Etats de la zone franc. Il est donc important que les commerçants appartenant à ce secteur soient pris en considération. Le nombre d'individus et le chiffre d'affaires réalisé démontre qu'il s'agit d'un élément clé des relations marchandes. « De façon sommaire, le commerce « informel » désigne la commercialisation des biens ou services de tout genre par des individus ou des groupes d'individus qui, analphabètes ou non, s'essaient dans l'art du commerce en s'abstenant intentionnellement ou non de s'inscrire au registre de commerce, d'avoir un compte en banque et de tenir une comptabilité écrite » (30).

Règles applicables au secteur informel.

Le Droit interne des pays africains ainsi que le Droit harmonisé ne tiennent pas compte des commerçants appartenant au secteur informel. Cela signifie-t-il qu'ils évoluent dans une zone de non-droit ? Certains répondent à cette question par l'affirmative. D'autres, au contraire, considèrent qu'ils sont soumis au respect de certaines règles de Droit. Comme la plupart des commerçants du secteur informel sont illettrés, l'oralité juridique est un principe clé de ces relations. La majorité des contrats sont conclus verbalement. Les cocontractants gardent en mémoire les obligations principales nées de la convention. L'oralité juridique a l'avantage de présenter plus de simplicité que l'écrit.

Les parties n'anticipent que très rarement la gestion des risques du contrat. En effet, lorsqu'une convention est conclue entre deux individus, il est très rare qu'elle ne soit pas exécutée. Celles-ci sont passées entre personnes du même groupe, d'une même association culturelle ou d'une communauté vénérant la même divinité. Il naît alors une relation de confiance dans laquelle les individus et même les contractants vont travailler ensemble pour le respect de leurs obligations mutuelles. « C'est là une manifestation des contrats de l'ordre légal conclus intuitu personae » (31). En outre, le respect de la parole donnée est un élément important dans la prise en compte de l'exécution de ses engagements. Ainsi, il semble que les commerçants du secteur informel n'évoluent pas dans une zone de non-droit. Cependant, le Droit qu'ils appliquent est très empreint de traditionalisme.

B. Les limites liées à la mise en œuvre des usages

Les limites à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique liées à la mise en œuvre des usages

tiennent à deux éléments, d'une part la langue employée (1) et d'autre part la preuve des usages en Droit de l'OHADA (2).

1. La diversité linguistique au sein de l'OHADA

Diversité linguistique dans l'espace OHADA.

Parmi les Etats-parties à l'OHADA, la majorité sont francophones puisque colonisés par la France ou la Belgique. Cependant, il existe au sein de cette organisation un pays hispanophone, la Guinée équatoriale, ainsi qu'un pays lusophone, à savoir la Guinée-Bissau. En outre, une partie du Cameroun est anglophone et inspirée de la Common Law. La langue peut, dans ce cas, être considérée comme une limite à l'harmonisation. En effet, les usages sont souvent oraux, d'autant plus que le Droit africain est de tradition orale. Dans cette perspective, un usage pratiqué en Guinée-Bissau par exemple, serait difficilement compréhensible, d'un point de vue linguistique et matériel, par des commerçants parlant la langue française et inspirés par la culture et le Droit civil français. De la sorte, la langue employée, pour les usages notamment, semble constituer une barrière à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique.

27. Volonté de certains Etats inspirés par la Common Law d'adhérer à l'OHADA.

Depuis quelques années, certains Etats souhaitent intégrer l'OHADA. C'est notamment le cas du Nigeria et du Ghana. En effet, la popularité de cette organisation et l'attrait des investisseurs étrangers pour les pays membres sont une source de motivation. Le problème majeur réside dans le fait que ces Etats ont été colonisés par la Grande-Bretagne et sont donc inspirés par le système de la Common Law. Celui-ci se fonde sur des préceptes bien différents de ceux développés par la tradition civiliste romano-germanique. Une difficulté supplémentaire vient s'ajouter, et pas des moindres puisqu'il s'agit de la langue utilisée dans le cadre de l'OHADA. Même si les textes de Droit uniforme pouvaient être transposés en anglais, les traductions, on le sait, ne sont jamais exactes. D'autant qu'il existe certains concepts dans le système de Droit civil ayant inspiré l'OHADA qui n'ont pas d'équivalent ou de traduction possible.

Vers une évolution? Malgré les difficultés, on peut imaginer que des pays de tradition anglo-saxonne intègrent l'OHADA. L'évolution en matière de la langue utilisée dans le cadre de l'organisation notamment, en donne un avant-

goût, il semble. Lors de la signature du Traité de Port-Louis, en 1993, la langue officielle était le Français comme en témoigne la lettre de l'article 42 qui dispose que « *le Français est la langue de travail de l'OHADA* ». Cependant, le 17 octobre 2008, à Québec, ledit Traité a été modifié. Dans sa nouvelle version, celui-ci admet l'utilisation de la langue anglaise. Il s'agit là d'un pas important dans la prise en considération des Etats inspirés par la Common Law. En outre, comme l'explique Monsieur K. Mbaye, le Droit de l'OHADA constitue un Droit « *unique harmonisé moderne, simple, qui obligatoirement, à cause des grandes différences de conceptions juridiques qui seront en cause, pourrait s'éloigner du Code civil* » (32).

2. La diversité tenant à la preuve dans l'OHADA

Application des dispositions nationales sur la preuve.

La question de la preuve des usages en Droit de l'OHADA relève des législations nationales conformément au fonctionnement institué par le Traité relatif à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique. Il n'existe pas dans les Actes uniformes de sous-étude, de dispositions relatives à la preuve et notamment à la preuve en matière d'usages. Les juges nationaux devront appliquer les dispositions nationales. Par conséquent, il y a en matière de preuve des usages en Droit de l'OHADA, autant de règles qu'il y a d'Etats membres à la présente organisation. Dès lors, l'absence de législation uniforme en matière de Droit de la preuve, et notamment sur les usages, constitue une limite à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique.

Les usages contribuent-ils, alors, à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique ? A cette question, on peut apporter une double réponse, positive puis négative comme il l'a été démontré tout au long de cette étude. En outre, quel est le rôle de ces usages au sein de l'OHADA ? Comme l'explique Norbert Rouland, « *à trop vouloir nier les particularismes, on provoque en général les troubles qu'on voulait éviter. La reconnaissance d'identités peut être le meilleur remède contre la division, voire la sécession* » (33). Le rapprochement des législations africaines en Droit des affaires semble inévitable compte tenu du contexte actuel de la mondialisation. Toutefois, les usages sont le moyen juridique de conserver les identités nationales ou régionales, nécessaires au développement des Etats et du continent africain.

32) K. Mbaye, Le destin du Code civil en Afrique, in *Le Code civil, Livre du bicentenaire 1804-2004*, p. 533.

33) N. Rouland, L'anthropologie juridique, *Que sais-je ?*, PUF, 1995, p. 43.