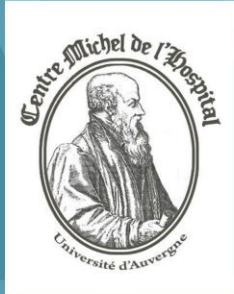


# La Revue

“La Coutume”

---

Numéro 2 - mars 2013



Centre  
Michel de l'Hospital  
EA 4232

# La Revue

“ La Coutume ”

Cycle de conférences - 2010

Textes réunis par  
Charles-André DUBREUIL, Professeur

---

Numéro 2 - mars 2013



## Sommaire

### INTRODUCTION

**Charles-André DUBREUIL,**

*Professeur de droit public, Directeur du Centre Michel de l'Hospital EA 4232*

## I - Fonction et force obligatoire de la coutume

### LA COUTUME ET LES USAGES EN DROIT COMMERCIAL A LA FIN XIX<sup>e</sup> SIECLE ET AU DEBUT XX<sup>e</sup> SIECLE. UNE DISTINCTION SOUS INFLUENCE.

**Florent GARNIER,**

*Professeur d'histoire du droit*

### LA COUTUME DANS L'EMPIRE ROMAIN TARDIF.

**Aude LAQUERRIERE-LACROIX,**

*Professeur d'histoire du droit*

### REFLEXIONS SUR QUELQUES PROBABLES SOURCES COUTUMIERES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT.

**Philippe BOUCHEIX,**

*Maître de conférences de droit public*

### L'USAGE EN DROIT DU TRAVAIL.

**Allison FIORENTINO,**

*Maître de conférences de droit privé*

### A LA RECHERCHE DE LA COUTUME EN DROIT COMMERCIAL...

**Jean-François RIFFARD,**

*Maître de conférences de droit privé*

### PERSISTANCE DE LA COUTUME EN DROIT CIVIL (UN PARALLELE AVEC LE DROIT COMMERCIAL).

**Nicolas GRAS,**

*doctorant en droit privé, ED 245*

## II - L'appréciation de la coutume : le rôle du juge et du commentateur

**LE COMMENTAIRE DE COUTUMES : ROLE ET PORTEE. (L'EXEMPLE DE L'Auvergne, XVI<sup>e</sup> – XVIII<sup>e</sup> SIECLES).**

**Jacqueline VENDRAND-VOYER,**

*Professeur émérite d'histoire du droit*

**LA COUTUME : UNE REFERENCE "AMBIGUË" EN DROIT CIVIL POUR LE JUGE JUDICIAIRE.**

**Alain LE POMMELEC,**

*Maître de conférences de droit privé*

**LE JUGE PENAL INTERNATIONAL ET LA COUTUME INTERNATIONALE.**

**Herman Blaise NGAMENI,**

*doctorant en droit public, ED 245*

**CONCLUSION**

**TABLE DES MATIÈRES**



### INTRODUCTION

Le Centre de recherche Michel de l'Hospital (EA 4232) a initié en 2010 un programme de recherche consacré aux sources coutumières du droit. Un tel projet correspondait également à la volonté de célébrer comme il se doit le 500<sup>e</sup> anniversaire de la rédaction de la coutume d'Auvergne.

A cette occasion fut organisé un colloque intitulé « La coutume dans tous ses états », qui s'est déroulé du 15 au 17 juin 2010, sous la direction des professeurs Vendrand-Voyer et Garnier. Les actes devraient prochainement être publiés à *La mémoire du droit*.

Parallèlement, fut organisé un cycle de conférences consacré à la coutume au cours duquel enseignants-chercheurs et doctorants de toutes spécialités eurent l'occasion de présenter le fruit de leur travail de recherche. Ce sont ces travaux qui sont ici reproduits, après qu'une sélection a été faite parmi les articles proposés.

Deux grandes thématiques ont été retenues pour structurer cet ouvrage : la fonction et la force obligatoire de la coutume d'une part, l'appréciation de la coutume par le juge et le commentateur d'autre part.

Dans ce cadre, les diverses interventions, bien que portant sur des thématiques distinctes les unes des autres, ont toutes abordé des problématiques semblables : la définition de la coutume, ses éléments constitutifs, sa force probante, sa valeur juridique, sa fonction, etc.

Si bien qu'à l'issue de ce cycle de conférences, et à l'issue de la lecture de ces actes, une vision transversale, synthétique, de la source coutumière en droit semble pouvoir se dessiner. Ceci illustre parfaitement le fait que des études transversales sont possibles en sciences juridiques, qu'elles sont souhaitables, et qu'elles devraient se multiplier à l'avenir, tant il semble que la distinction opérée entre différentes branches du droit mérite d'être régulièrement dépoussiérée.

**Charles-André DUBREUIL,**  
**Directeur du Centre Michel de l'Hospital**

### I – Fonction et force obligatoire de la coutume

#### LA COUTUME ET LES USAGES EN DROIT COMMERCIAL A LA FIN XIX<sup>e</sup> SIECLE ET AU DEBUT XX<sup>e</sup> SIECLE. UNE DISTINCTION SOUS INFLUENCE.

**Florent GARNIER,**  
*Clermont Université, Université d'Auvergne, EA 4232, Centre Michel de l'Hospital, CS 60032,  
F-63000 CLERMONT-FERRAND  
Professeur d'histoire du droit*

#### I – Assimilation

#### II – Distinction

La doctrine contemporaine admet généralement la distinction entre l'usage conventionnel et l'usage de droit<sup>1</sup>. Quelques réserves ont pu être formulées tant pour le droit interne que dans le cadre des relations internationales du commerce privilégiant une conception unitaire des usages du commerce<sup>2</sup>. Nul ne remet en cause l'importance et l'influence des usages dans la formation et l'évolution du droit commercial tant par le passé que de nos jours. Ainsi Fremery affirme que « le droit commercial a été établi par la coutume constante des commerçants... elle est constatée soit par les auteurs contemporains, soit par les décisions de la juridiction commerciale, qui ont attesté le constant usage »<sup>3</sup>. Pour Delamarre et Le Poitvin, l'usage est « le supplément de la loi ou, de la convention écrite, et [...] il obtient force de loi »<sup>4</sup>. L'autorité des usages n'est pas à démontrer non plus pour Thaller tant ils ont contribué à la formation du droit commercial<sup>5</sup>. Pour Georges Ripert le « droit commercial a été pendant longtemps un droit purement coutumier sans qu'il y ait eu aucune rédaction de cette coutume. Même quand il a été codifié, il a conservé une place assez large aux usages »<sup>6</sup>. A prendre connaissance des travaux de la doctrine commerciale de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle, la question des usages commerciaux semble avoir retenu son attention dans un contexte de renouvellement par la doctrine civiliste française des sources du droit et de la réception de théories formulées par la science juridique européenne. Les questions particulières de la nature, mais aussi de la portée des usages et de la coutume dans le domaine

<sup>1</sup> Pour quelques exemples, R. Houin et M. Pedamon, *Droit commercial*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, 1990, p. 19-26. Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, 12<sup>e</sup> éd., Paris, 2003, p. 26-29. J. Mestre, M.E. Pancrazi, *Droit commercial*, 27<sup>e</sup> éd., Paris, 2006, p. 11-12. J.B. Blaise, *Droit des affaires*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 2007, p. 24. F. Dekeuwer-Defossez, E. Blary-Clement, *Droit commercial*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, 2007, p. 16-18.

<sup>2</sup> A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, 1984.

<sup>3</sup> A. Fremery, *Etudes de droit commercial ou Du droit fondé par la coutume universelle des commerçants*, Paris, 1833, p. III.

<sup>4</sup> L.-E. Delamarre et J. Le Poitvin, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, T. I, Paris, 1861, p. 37 et s., n° 26 p. 58.

<sup>5</sup> E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 4<sup>e</sup> éd., 1910, p. 34-41.

<sup>6</sup> G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1948, p. 20.

commercial, ont donné lieu en particulier à la publication de divers articles dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle avec notamment Jean Escarra et Jules Valéry. Michel Pédamon s’est aussi intéressé à cette question après la Seconde Guerre Mondiale.

Escarra, en 1910, après une rapide approche historique et présentation de la formation de l’usage, s’est interrogé sur la place de cette « source extra législative » dans la hiérarchie des sources et de son rapport à la loi. L’essentiel de son article tient à l’examen des différentes matières commerciales dans lesquelles on rencontre des usages (assurances terrestres, vente, solidarité, compte courant, opérations de bourse, droit maritime...). Il assimile l’usage et la coutume et il adopte la distinction de l’usage de fait et l’usage de droit<sup>7</sup>.

Jules Valéry, titulaire de la chaire de droit commercial à Montpellier, établit une filiation entre la coutume qualifiée de droit non écrit et trois sources : les usages (adoptant la distinction usages généraux et locaux), et de manière moins développée dans son analyse, la jurisprudence et la doctrine<sup>8</sup>.

Enfin en 1959, Michel Pedamon, s’interrogeant sur la distinction de l’usage et de la coutume, développait l’idée que si les deux notions ont une « unité d’origine », elles diffèrent quant à leur régime juridique<sup>9</sup>. Il ralliait l’opinion de la majorité de la doctrine pour considérer la distinction usage et coutume. C’est là nous semble-t-il un point d’aboutissement d’une réflexion engagée quelques décennies plus tôt. Plusieurs étapes méritent d’être distinguées. La présente étude cherche à les préciser en essayant de rétablir une partie de la filiation doctrinale plus ou moins avouée ou exprimée par la doctrine commerciale française de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle.

La doctrine assimile dans un premier temps l’usage et la coutume au sein des sources non écrites du droit commercial (I). A partir de la notion d’usage, la doctrine va ensuite s’intéresser aussi à la formation et à la portée de la coutume en droit commercial. Elle s’interroge alors sur sa distinction avec l’usage. La conception unitaire traditionnelle va être remise en cause, tout comme la distinction usages généraux et locaux, pour laisser la place à de nouvelles approches sous l’influence de la science juridique européenne<sup>10</sup>. L’analyse développée par Cesare Vivante va être connue et discutée en France à partir de 1910 pour être finalement adoptée avec la distinction usage de fait et usage de droit (II).

#### I – Assimilation

Contrairement à la conception classique développée dans l’Ancien droit, la doctrine commerciale du XIX<sup>e</sup> siècle assimile l’usage à la coutume. De manière générale, le caractère écrit ou non de la norme coutumière permet de distinguer l’usage de la coutume<sup>11</sup>. Le premier correspond au droit non écrit, à la coutume non rédigée, alors que la seconde est synonyme de coutume rédigée. Claude de Ferrière précise que la coutume correspond à « un droit écrit ayant force de loi dans la province pour laquelle elle a été faite »<sup>12</sup>. Cette distinction est reprise au XIX<sup>e</sup> siècle. Il est précisé dans le *Répertoire raisonné de jurisprudence* de Merlin que : « aujourd’hui nous appelons coutumes, les règles qui se sont

<sup>7</sup> J. Escarra, « De la valeur juridique de l’usage en droit commercial », *Annales de droit commercial*, 1910, p. 97-123.

<sup>8</sup> J. Valéry, « La coutume commerciale », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1924, p. 418-438.

<sup>9</sup> M. Pedamon, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1959, p. 335-357. Voir aussi, R. Houin, « Usages commerciaux et loi en droit français », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1959, p. 252 sq.

<sup>10</sup> Voir en particulier les éléments bibliographiques donnés par J. Escarra, « De la valeur juridique de l’usage en droit commercial », *op. cit.*, 1910, p. 97 n. 1.

<sup>11</sup> J. Moreau-David, « La coutume et l’usage en France de la rédaction officielle des coutumes au Code civil : les avatars de la norme coutumière », *R.H.F.D.*, n° 18, 1997, p. 125-157.

<sup>12</sup> Cl. De Ferrière, *Introduction à la pratique*, Lyon, 1697, « Coutume ».

introduites par les mœurs du peuple, et que l'autorité législative a fait rédiger par écrit ; et le nom d'Usage est resté à celles dont il n'existe point de rédaction ordonnée ou approuvée par le souverain »<sup>13</sup>. Le *Répertoire de jurisprudence* de Dalloz évoque la même idée en précisant que « sous cette dénomination d'usage sont comprises les règles introduites par les mœurs et la tradition mais non rédigées par écrit, à la différence des coutumes proprement dites »<sup>14</sup>.

Pour la doctrine commerciale, qui admet cette différenciation entre droit écrit et droit non écrit, les conclusions sont différentes. Seule la loi correspond au droit écrit. La coutume et l'usage sont assimilés et ils sont considérés comme relevant du droit non écrit. A la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle, leur formation fait apparaître l'unité de ce droit non écrit en référence à la nature conventionnelle de ces créations extra légales.

Delamarre et Le Poitvin, auteurs du *Traité théorique et pratique du droit commercial*, envisagent les principes généraux du commerce et mentionnent que le « commerce a son droit écrit et son droit non écrit ; l'usage, l'intérêt du commerce, l'équité, en sont le supplément » (§ 4)<sup>15</sup>. Ils précisent leur pensée à la lumière du droit naturel perçu comme le « droit commun » tant du Code civil que du Code de commerce :

« 25. – Le droit commun, le droit non écrit de l'un et de l'autre Code, c'est le droit naturel, et l'application de ce droit en deux branches distinctes d'intérêts privés fait la différence générique de l'un et de l'autre droit.

Nous disons non écrit, car en France le commerce a aussi son droit écrit, qui se compose des dispositions formulées du droit naturel, ou d'usages commerciaux convertis en lois, ou de dispositions purement législatives. Les deux premières regardent, en général, les obligations et les conventions ; la troisième concerne principalement la police, la sûreté, le bon ordre, le progrès du commerce, les précautions prises contre la fraude et la contrebande... On ne peut pas, on ne doit pas s'écarter du texte écrit, lorsqu'il est clair et suffisant ; et même plus ce texte est de droit positif, plus il doit être sévèrement appliqué... Ce n'est qu'à défaut d'un texte précis qu'il y a lieu de chercher une solution dans les usages, dans l'intérêt du commerce et dans les principes de l'équité

26. – Les usages sont une nécessité de la législation. ».

L.-E. Delamarre et J. Le Poitvin, *Traité théorique et pratique du droit commercial*, Paris, 1861, t. 1, n° 25 p. 53-54.

Du discours de rentrée du procureur général Dupin, « L'histoire de notre ancien droit coutumier » prononcé à la Cour de cassation en 1845, Delamarre et Le Poitvin retiennent que les « lois qui régissent les sociétés humaines, sont ou écrites, ou traditionnelles et fondées sur le simple usage, que l'on appelle aussi coutume »<sup>16</sup>.

Les autres membres de la doctrine commerciale développent également cette conception unitaire. Dans l'introduction de son *Précis du cours de droit commercial*, Alphonse Boistel présente les sources du droit et consacre un développement aux « Usages ou coutumes »<sup>17</sup>. Il ne s'attarde pas à les

<sup>13</sup> Cité par J. Moreau-David, « La coutume et l'usage en France de la rédaction officielle des coutumes au Code civil : les avatars de la norme coutumière », *op. cit.*, p. 156.

<sup>14</sup> Cité par J. Moreau-David, « La coutume et l'usage en France de la rédaction officielle des coutumes au Code civil : les avatars de la norme coutumière », *op. cit.*, p. 156-157.

<sup>15</sup> L.-E. Delamarre et J. Le Poitvin, *Traité théorique... op. cit.*, p. 53.

<sup>16</sup> L.-E. Delamarre et J. Le Poitvin, *Traité théorique... op. cit.*, n° 26 p. 55.

<sup>17</sup> A. Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, 1876, p. 11-15.

### Numéro 2 - mars 2013

définir, se limitant à présenter les caractères qu'ils doivent revêtir et préférant développer leur portée. Pour Boistel, « l'usage ou la coutume peut établir des règles de droit, parce que la coutume est l'expression de la volonté générale »<sup>18</sup>. Leur autorité est reconnue lorsque les caractères de généralité, de répétition et d'ancienneté sont réunis. Boistel rappelle le discours préliminaire du code civil de Portalis : « à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi » pour l'appliquer au droit commercial. Il précise ainsi que :

« Il faut appliquer cela à plus forte raison au droit commercial, qui a été avant tout et longtemps coutumier ; le Code a eu surtout pour but de fixer les usages : et on n'a pas eu l'intention de supprimer ceux qu'on ne reproduisait pas, tout en croyant peut-être que le Code suffirait dorénavant pour tous les cas ».

A. Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, 1876, p. 12.

Charles Lyon-Caen et Louis Renault dans leur *Précis de droit commercial* (1879-1885), leur *Manuel* (1887) puis leur *Traité* (1889-1999) ne distinguent pas l'usage de la coutume. Par exemple, dans leur traité, ils s'inscrivent dans la continuité de la doctrine commerciale :

« 78. En donnant cette importance à l'usage, nous ne faisons que suivre la tradition. Le droit commercial tout entier a commencé par être coutumier ; on l'appelait *consuetudo mercatorum* (n° 46 et 47). La codification a eu surtout pour but de donner une formule précise à la coutume sur les points les plus importants, de faciliter la connaissance des règles à appliquer et d'éviter ainsi les contestations que soulève nécessairement l'incertitude du droit...le mouvement incessant des affaires, l'esprit d'initiative, l'influence réciproque des divers pays, qui, pendant longtemps, sont sous l'empire exclusif de la coutume avant que le législateur ne s'en occupe ».

Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. I, Paris, 1889, n° 78, p. 68.

Pour Bravard-Veyrières le caractère non écrit du droit se rencontre aussi. Il cite alors deux recueils avec le *Consulat de la mer* et les *Jugements ou rôles d'Oléron*.

« Ces lois, d'abord à l'état de simples usages, de coutumes, furent rédigées par écrit et formèrent à la longue les premiers éléments d'une législation qui se complète et se perfectionna avec le temps ».

P. Bravard-Veyrieres, *Traité de droit commercial*, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1890, p. 4-5.

Albert Wahl affirme aussi en 1922 que « le droit commercial peut être complété et corrigé par les usages, c'est-à-dire par les traditions ou coutumes qui se sont établies »<sup>19</sup>.

Dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la dichotomie droit écrit/droit non écrit persiste chez L. Lacour

<sup>18</sup> A. Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, op. cit., p. 11.

<sup>19</sup> A. Wahl, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1922, n° 21, p. 10.

et J. Bouteron<sup>20</sup>. Enfin, pour Jules Valéry, la loi est le « droit écrit » et la coutume-usage correspond au droit « non écrit »<sup>21</sup>. Les usages ne présentent pas les caractères d'une loi qui est « un ordre auquel le juge comme les particuliers doivent se soumettre » et qui est écrite<sup>22</sup>. Les membres de la doctrine commerciale du début du XX<sup>e</sup> siècle s'intéressent davantage à la valeur conventionnelle de l'usage commercial.

Tout d'abord Jean Escarra en 1910 puis Jules Valéry en 1924 développent leur analyse de la formation des usages. Pour Escarra une première étape dans la création de l'usage est constituée par l'apparition et le développement de pratiques individuelles avec l'introduction de clauses expresses dans le contrat. De particulière, cette pratique devient générale, mais les clauses de style demeurent expresses. Pour créer un usage, il faut une étape supplémentaire :

« l'usage commercial date du jour où les clauses écrites ont été sous-entendues et où la pratique générale expresse s'est détachée de la convention pour s'ériger en une disposition objective non exprimée... C'est alors qu'il sort de la volonté, qui fut sa primitive origine, pour s'objectiver en une règle dont le fondement est encore la volonté elle-même, mais une volonté collective, une conscience générale, [...] appelée la conscience générale de la place »<sup>23</sup>.

Valéry reprend la même analyse pour distinguer l'usage des « pratiques individuelles » qui correspondent aux pratiques d'une maison de commerce ou d'une personne pour ses opérations<sup>24</sup>. Les usages commerciaux sont définis comme des « règles qui s'établissent entre personnes se livrant à des opérations de même nature par suite de l'habitude qu'elles ont de s'y comporter toujours de la même façon »<sup>25</sup>. Les usages tirent alors leur force obligatoire du fait que les parties sont présumées avoir consenti tacitement à donner leur adhésion et à s'astreindre à les respecter<sup>26</sup>. Cette idée est partagée par Wahl<sup>27</sup>, Lacour et Bouteron<sup>28</sup> tout comme Bonnacarrère et Laborde-Lacoste<sup>29</sup>. Cette position de Valéry se rencontre aussi chez Lyon-Caen et Renault pour qui « la force de l'usage vient surtout de la volonté tacite des parties »<sup>30</sup>.

Partant de sa conception classique unitaire de l'usage et de la coutume, la doctrine commerciale va prendre en considération, pour progressivement l'adopter, une autre classification – usages conventionnels / usages de droit – qui amène à distinguer la coutume de l'usage.

## II – Distinction

La fin du XIX<sup>e</sup> siècle a connu un renouvellement doctrinal qui s'est en partie manifesté par le regain

<sup>20</sup> L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1925, n° 18, p. 14.

<sup>21</sup> J. Valéry, « La coutume commerciale », *op.cit.*, p. 418.

<sup>22</sup> J. Valéry, « La coutume commerciale », *op.cit.*, p. 427-428 note 3.

<sup>23</sup> J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *op.cit.*, p. 115 et repris dans *Principes de droit commercial*, Paris, 1934, p. 45-46.

<sup>24</sup> J. Valéry, « La coutume commerciale », *op.cit.*, p. 424.

<sup>25</sup> J. Valéry, « La coutume commerciale », *op.cit.*, p. 418-419.

<sup>26</sup> J. Valéry, « La coutume commerciale », *op.cit.*, p. 421.

<sup>27</sup> A. Wahl, *Précis théorique...*, *op. cit.*, n° 23, p. 11 et n° 451, p. 143.

<sup>28</sup> L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial...*, *op. cit.*, n° 19, p. 15.

<sup>29</sup> Ph. Bonnacarrère et M. Laborde-Lacoste, *Précis élémentaire de droit commercial*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1937, p. 8.

<sup>30</sup> Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. I, 1889, n° 82, p. 71.

d'intérêt porté aux sources du droit<sup>31</sup>. Sous l'influence du civiliste François GénY (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*) l'usage est dissocié de la coutume, deux étapes sont distinguées éclairant le passage de l'usage à la coutume. Une seconde influence intéresse aussi le droit commercial avec l'apport du commercialiste italien Cesare Vivante.

Une première approche prend en considération la formation de la coutume marquée par une première étape correspondant à l'usage. L'usage constitue alors un fait – un « *substratum* nécessaire de toute coutume juridique » – qui peut se muer en coutume. Au premier élément matériel doit s'ajouter un élément psychologique (*opinio necessitatis seu juris*)<sup>32</sup> pour que la coutume soit formée. L'usage apparaît alors comme un élément nécessaire mais non suffisant dans la formation de la coutume. Il est antérieur à l'apparition de l'élément psychologique ou *opinio juris*. François GénY précise :

« l'usage, pour engendrer la coutume, doit avoir, chez ceux qui le pratiquent, le caractère d'exercice d'un droit subjectif, qui contienne l'expression d'une règle de droit objectif ; autrement dit, que les actes composant cet usage n'ont effet, pour la création du droit, que s'ils ont lieu dans la pensée d'une sanction sociale effective ».

F. GénY, *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, I, p. 361.

Lorsque GénY développe son analyse, il remarque que certains auteurs de la doctrine commerciale ne font pas état de cette évolution. Il cite en particulier Boistel, Lyon-Caen et Renault<sup>33</sup>. L'analyse de GénY se retrouve tout au long du XX<sup>e</sup> siècle. La conception duale – usage et coutume – est reprise par Lacour et Bouteron<sup>34</sup> ou encore Hamel et Lagarde<sup>35</sup> puis Ripert<sup>36</sup> et Julliot de la Morandière<sup>37</sup>. Pour sa part, Eugène-Edmond Thaller précise dans *Traité de droit commercial* qu'il y a lieu aussi de distinguer la coutume de l'usage. Il définit la coutume comme : « ... une règle de droit impérative et d'ordre public qui supplée à l'absence de loi écrite ou qui même contrevient à une disposition de cette loi »<sup>38</sup>. L'usage est présenté comme « ...la clause tacite, sous-entendue dans une convention, par laquelle les parties règlent leurs rapports suivant la pratique établie. Cette pratique est tantôt générale et tantôt limitée à une industrie ou à une place particulière »<sup>39</sup>.

La conception de GénY est critiquée par Jean Escarra qui dénie que la coutume puisse seule enfermer

<sup>31</sup> Parmi une importante bibliographie : Ph. Rémy, « Eloge de l'Exégèse », *Droits*, n° 1, *Destins du droit de propriété*, 1985, p. 115-123 ; N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 2002 ; P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Paris, 2004 ; *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX<sup>e</sup> siècle*, N. Hakim et F. Melleray (Etudes réunies par), coll. « Méthodes du droit », Paris, 2009 ; A. Wijffels, *Introduction historique au droit*, Paris, 2010, p. 302-306 ; D. Deroussin, « La coutume dans la doctrine civiliste après l'Exégèse : un renouveau en trompe l'œil ? », *La coutume dans tous ses états*, F. Garnier et J. Vendrand-Voyer (Textes réunis par), Paris, à paraître

<sup>32</sup> F. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2<sup>e</sup> éd., 1954, I, n° 119, p. 364.

<sup>33</sup> F. GénY, *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, I, n° 119, p. 360 note 4.

<sup>34</sup> L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1925, n° 18, p. 14.

<sup>35</sup> J. Hamel et G. Lagarde, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 46-49, p. 55 et s.

<sup>36</sup> G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4<sup>e</sup> éd., t. I, n° 44-50, p. 22 et s.

<sup>37</sup> L. Julliot De La Morandière, Rodière, Houin, *Droit commercial*, t. I, n° 9, p. 10-11.

<sup>38</sup> E. Thaller, *Traité de droit commercial*, Paris, 4<sup>e</sup> éd., 1910, n° 49, p. 41.

<sup>39</sup> E. Thaller, *Traité de droit commercial*, Paris, 4<sup>e</sup> éd., 1910, n° 49 p. 42-43.

un élément psychologique<sup>40</sup>. A la première distinction – usage et coutume – Escarra introduit une seconde distinction – usage de fait et usage de droit<sup>41</sup> – pour considérer que certains usages renferment aussi l'*opinio iuris*. Pour lui, l'usage de droit s'assimile à la coutume<sup>42</sup>. Cette position est défendue dans son article paru dans les *Annales de droit commercial* en 1910. Elle est reprise et précisée en 1934 dans *Principes de droit commercial*. L'usage de droit constitue une « véritable règle de droit coutumier »<sup>43</sup>.

« L'usage de droit, ce n'est pas autre chose que la coutume, il faut le proclamer, et cette conception est plus satisfaisante pour l'esprit et plus conforme à la réalité que celle qui isole les deux phénomènes. Il ne reste que des deux termes en présence : d'une part les pratiques ou usages de fait, de l'autre la coutume ou usage de droit.... Ce n'est qu'une question de mots que de parler de coutume et d'usage : l'erreur naît de ce qu'on veut y voir autre chose que les synonymes d'un même phénomène juridique...

Toute différence entre l'usage et la coutume étant repoussée, il en résulte que contrairement à l'opinion de M. Gény, qui refuse toute valeur objective à l'usage de droit et ne la reconnaît qu'à la coutume, on doit donner même valeur, même force obligatoire à l'une et à l'autre, c'est-à-dire au phénomène unique que l'on prétend en vain dédoubler sous deux dénominations distinctes dans le fond et dans la forme ».

J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *Annales de droit commercial*, 1910, p. 118 et p. 120.

Cette seconde distinction – usage de fait et usage de droit – est retenue par Escarra dans la continuité de travaux de juristes allemands et italiens. Il précise que cette distinction, entre d'une part les usages de fait ou interprétatifs et d'autre part les usages de droit ou impératifs, correspond à la « doctrine quasi-traditionnelle en Allemagne. Vivement combattue en Italie, elle y est surtout représentée, avec des nuances par, MM. Vivante et Magri. En France, elle n'inspire que très indirectement les travaux de MM. Lyon-Caen et Renault, peut-être encore la théorie de M. Gény »<sup>44</sup>. La doctrine commerciale contemporaine a été influencée par la science juridique européenne de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>45</sup> en particulier avec le commercialiste Cesare Vivante (1855-1944).

Vivante est professeur ordinaire à l'université de Parme en 1882. C'est à l'université de Bologne puis à celle de Rome à partir de 1898 qu'il rédige les *Istituzioni di diritto commerciale* et son *Trattato di diritto commerciale*<sup>46</sup>. Davantage connu pour sa proposition d'unifier les droits civil et commercial<sup>47</sup>, il développe aussi sa réflexion sur les sources du droit commercial notamment en ce qui concerne les

<sup>40</sup> Sur la connaissance et l'influence de Gény en Italie voir le volume 20 des *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* avec en particulier, P. Costa, « L'interpretazione della legge : François Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento », 1991, p. 367-495.

<sup>41</sup> J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, 1986, p. 107-109 a précisé le rôle de la jurisprudence et du législateur à propos de cette distinction.

<sup>42</sup> J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *op. cit.*, p. 118.

<sup>43</sup> J. Escarra, *Principes... op. cit.*, n° 35, p. 51.

<sup>44</sup> J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *op. cit.*, p. 115 note 2.

<sup>45</sup> Voir en particulier la bibliographie donnée par J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *op. cit.*, p. 97 note 1.

<sup>46</sup> C. Vivante, *Istituzioni di diritto commerciale*, Milano, 1891 et *Trattato di diritto commerciale*, 4 vol., Torino, 1893-1901.

<sup>47</sup> J.-L. Halpérin, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, 2004, p. 249. La pensée de Vivante est présentée en France dans les *Annales du droit commercial*, « Un code unique des obligations. Histoire et Polémique », 1893, p. 1-21.

usages. Il présente plus particulièrement la distinction entre les usages législatifs et les usages interprétatifs. La pensée de Vivante va être connue par la doctrine française avec les comptes rendus que lui consacrent les *Annales de droit commercial* fondées par Edmond-Eugène Thaller<sup>48</sup>. A partir du début des années 1890, sa première publication est analysée<sup>49</sup> puis ce sont les différents volumes de son traité<sup>50</sup>. Le *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale* de 1893 est traduit par Jean Escarra et publié en France en 1910 dans la *Bibliothèque internationale de droit privé et criminel*. Ils appellent de premiers commentaires critiques formulés en 1894 en particulier pour la distinction établie pour les usages.

« Les usages sont soumis par lui à une étude attentive. Il les divise en usages juridiques contenant une règle de droit qui tire sa force obligatoire du fait que les commerçants l’observent comme maxime légale, en usages interprétatifs qui n’ont qu’une valeur contractuelle en présence de clauses ambiguës ou sous-entendues, et en usages techniques comme ceux concernant la tenue des livres, le mode d’emballage des marchandises, qui ne peuvent avoir de conséquences de droit qu’indirectement. Les premiers de ces usages, auxquels il ne reconnaît pas la vertu de déroger aux lois commerciales écrites, doivent être à peine de cassation appliqués par les juges. On voit combien nous sommes loin du système français, beaucoup plus simple, mieux en état de corriger le droit écrit, et qui, quoi qu’en pense l’auteur, laisse plus de souplesse à l’usage en ne l’immobilisant pas dans des décisions de la Cour de cassation ».

*Annales de droit commercial*, 1894, II, p. 237

Cette réserve est développée en 1911. Elle critique la conception dualiste développée par Vivante et présentée par d’autres membres de la doctrine en Europe notamment par la science juridique allemande. L’auteur du compte rendu dans les *Annales de droit commercial* défend une conception unitaire de l’usage. Elle repose sur l’idée que les usages n’ont pas force de loi et sur l’argument que les usages renvoient au fait, à l’intention des parties et qu’ainsi la Cour de cassation n’a pas à en connaître.

« L’exactitude de la doctrine de Vivante sur le fondement de l’usage commercial continue à nous laisser perplexe... Il y a des usages, ayant force législative : on les applique avec la conviction qu’on ne peut impunément les violer. Ces usages ne peuvent pas déroger aux lois commerciales. Ils ne peuvent déroger aux principes d’ordre public. La Cour de cassation est compétente pour en redresser la violation. Où sont-ils ces usages législatifs ? Qu’on nous les signale, qu’on nous donne quelques exemples, pour que nous en comprenions en quoi ils se distinguent des usages interprétatifs et contractuels, échappant à tout rétablissement par la Cour de cassation lorsqu’ils sont méconnus, les seuls usages qui soient connus chez nous ! Ce dualisme voulu dans les usages par les écoles étrangères, qui n’a rien de spécial à Vivante, présente quelque chose de vraiment impénétrable et anormal. C’est surtout une construction trouble dans laquelle nous nous étonnons de voir

<sup>48</sup> Sur l’influence de Thaller, qu’il nous soit permis de renvoyer à notre article, F. Garnier, « Edmond-Eugène Thaller (1851-1918) et les *Annales de droit commercial* », *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX<sup>e</sup> siècle*, N. Hakim et F. Melleray (Études réunies par), Paris, 2009, p. 159-196.

<sup>49</sup> *Annales de droit commercial*, 1891, II, p. 144.

<sup>50</sup> *Annales de droit commercial*, 1894, II, p. 237-239 ; 1898, p. 76-78 ; 1900, p. 316-317 ; 1901, I, p. 164-165 ; 1903, I, p. 122-123 ; 1905, I, p. 102-104 ; 1911, p. 157-159 ; 1912, p. 173-174 et p. 335.

persévérer des jurisconsultes de premier ordre qui tiennent avant tout à un droit intelligible ».

*Annales de droit commercial*, 1911, p. 158.

Présentons, à partir de la traduction d’Escarra, l’analyse de Vivante<sup>51</sup> pour ensuite s’interroger sur la réception de cette distinction – usages législatifs<sup>52</sup> et usages interprétatifs – malgré les premières critiques formulées en France.

En raison de l’importance que Vivante accorde à la pratique, il met en valeur tout d’abord la place et le rôle des usages dans la formation du droit commercial. Après avoir évoqué leur importance, il définit les usages perçus comme une source générale de droit commercial. Ils correspondent à des « sources subsidiaires des lois commerciales »<sup>53</sup>.

« 8. Le Code de commerce n’a pas recueilli dans ses articles tout le droit en vigueur. Certaines institutions ont été abandonnées à leur vie libre et spontanée, soit que la pratique n’en eut pas encore nettement dessiné le profil juridique, soit qu’en raison de leur multiple variété on n’eût pu en saisir l’aspect uniforme. D’autres fois, la loi s’est bornée à fixer les lignes principales de l’institution, laissant aux usages le soin d’en régler plus minutieusement les effets. Les usages tendent principalement à suppléer à ces lacunes inévitables de la loi ; leur domaine s’étend naturellement d’autant plus que le Code devient incomplet, demeurant immobile au milieu de l’évolution continue des faits économiques.

Les usages commencent à s’affirmer avec les clauses, d’abord expresses, puis sous-entendus, des contrats ; ils émigrent d’une place à une autre, d’une branche de commerce à une autre ; et quand, ensuite, reconnus par la jurisprudence et par la doctrine, ils ont acquis un caractère de généralité, ils sont souvent promus aux honneurs législatifs. Ainsi le plus grand nombre des règles consacrées par le Code est d’origine coutumière.

9. Les usages commerciaux sont des *règles de droit constituées par suite de l’observance des marchands* : c’est en cette observance qu’est la raison de leur légitimité. Quand une règle de droit s’applique en vertu de la commune opinion de sa nécessité, on ne doit pas chercher la raison de sa force législative dans l’usage, mais dans la nature des choses, et l’on doit l’appliquer sans se préoccuper de son observance antérieure. Ainsi la règle d’après laquelle, dans les contrats entre commerçants, la marchandise doit être de qualité marchande, celle d’après laquelle l’acheteur devient propriétaire des récipients, par exemple des bouteilles nécessaires à la revente, sont des règles imposées par la nature des choses, qui valent comme droit positif en vigueur depuis le premier jour où elles sont nécessaires (n° 24) ».

Cesare Vivante, *Traité de droit commercial*, trad. J. Escarra, Paris, 1910, p. 74.

S’intéressant aux conditions de formation de l’usage, Vivante ne partage pas la vision trop « idéaliste » de l’Ecole historique allemande et suivie par les auteurs italiens. Il soutient que

<sup>51</sup> C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale...op. cit.*, t. 1, § 1 et § 6, p. 64-86, 3<sup>e</sup> éd. Milan, 1907 repris dans *Traité de droit commercial*, Paris, 1910, n° 8-19, p. 73-97.

<sup>52</sup> Le terme est employé par Vivante dans son *Traité de droit commercial*, Paris, 1910, p. 94 note 39.

<sup>53</sup> C. Vivante, *Traité... op. cit.*, n° 13, p. 80.

« l’observance de l’usage [doit être considérée] comme un élément effectif et imprescriptible pour la formation du droit coutumier »<sup>54</sup>. Un processus est alors à l’œuvre. Le juge occupe une place en reconnaissant l’usage mais il ne participe pas à la formation proprement dite de l’usage. Pour Vivante, le rôle de la pratique commerciale est plus essentiel.

« 10. CONDITIONS (*Requisiti*) DE L’USAGE. – a) L’usage doit être observé d’une manière uniforme pendant une certaine durée : une règle de droit appliquée de façons différentes ou bien une seule fois, n’acquiert pas force obligatoire, car elle ne s’appuie pas sur ce consentement commun qui est le fondement juridique de l’usage (2).

Le magistrat est souverain pour juger dans chaque espèce si l’exercice de l’usage a été suffisant pour en faire admettre l’existence (3). Les règles des glossateurs et des canonistes relativement au nombre d’années nécessaire pour former une coutume valable, ne sont pas applicables à la vie actuelle et spécialement au commerce, où la succession continue et serrée des trafics, dans les marchés, dans les bourses, dans les ports, mûrit et réforme très promptement les usages. Il est certain pourtant qu’il s’interposera une série d’années et d’espèces plus considérables pour former un usage général entre deux places lointaines, que pour former un usage relatif aux affaires qui se concluent sur la même place.

Un seul cas contraire ne suffira pas à détruire un usage quand les actes uniformes continuent malgré tout à former la règle et que l’acquiescement tacite de tous existe (4), car l’abandon de l’usage peut dériver de l’ignorance, de la renonciation ou de l’accord des contractants. Un pacte exprès contraire à l’usage pourrait même constituer une raison de plus pour faire admettre que les contractants avaient la conviction juridique de son existence : s’ils ont senti le besoin d’y déroger, cela signifie qu’ils le reconnaissaient.

A la pratique commerciale de l’usage peut s’ajouter sa pratique judiciaire, quand les tribunaux le reconnaissent par leurs décisions ; mais ces jugements ne concourent point à le former, parce que l’usage se développe exclusivement par la pratique des commerçants et doit être déjà mur quand le magistrat le reconnaît. La doctrine qui n’admettait pas l’existence d’un usage qui ne fût pas reconnu en justice, a été répudiée comme une absurdité. Et, en effet, en l’acceptant, il faudrait refuser l’existence à tous les usages qui, tout en étant notoires et certains, n’ont jamais été débattus par devant les tribunaux. Il y a plus : en l’admettant, il faudrait renoncer complètement à faire valoir n’importe quel usage devant le magistrat, parce que chacun d’eux devant commencer par une première décision ne pourrait jamais produire en sa faveur une précédente reconnaissance judiciaire (5).

11. b) L’usage doit être observé comme une règle de droit en vigueur et par suite avec la conviction qu’on ne peut impunément le violer (*ex opinione juris atque necessitatis*) (6).

Je ne veux pas dire par là que celui qui observe la coutume doive avoir l’intention expresse et la volonté précise d’établir un principe régulateur de droits et d’obligations (7) [...] »

Cesare Vivante, *Traité de droit commercial*, trad. J. Escarra, Paris, 1910, p. .

De manière commune, les auteurs de la doctrine commerciale évoquent les usages au regard de leur

<sup>54</sup> C. Vivante, *Traité...op. cit.*, n° 10, p. 75 et note 2.

portée géographique. C'est le cas de Delamarre et Le Poitvin<sup>55</sup> mais aussi de Boistel<sup>56</sup>. Lyon-Caen et Renault distinguent aussi les usages en fonction de l'étendue de leur application, même s'ils considèrent qu'il est plus essentiel de savoir si les parties ont eu connaissance de l'usage<sup>57</sup>. Au XX<sup>e</sup> siècle, Wahl<sup>58</sup> puis Lacour et Bouteron<sup>59</sup>, Bonnacarrère et Laborde-Lacoste<sup>60</sup> font référence aux usages généraux et aux usages locaux. Les classifications proposées distinguent suivant l'influence géographique (usages généraux/usages locaux) et professionnelle (usages communs/usages spécifiques à certaines branches). Comme d'autres avant lui, Vivante présente une double distinction entre les usages. Les critères d'application territoriale et de l'étendue du domaine sont retenus. Là n'est pas le plus important dans son analyse.

« 12. DISTINCTIONS. – Les usages se distinguent, relativement à l'étendue du territoire où ils exercent leur autorité, en usages GÉNÉRAUX et LOCAUX. Les premiers sont en vigueur dans tout le territoire du Royaume et même en dehors de ses frontières : ils acquièrent d'ailleurs facilement un caractère universel quand la matière qu'ils gouvernent est partout uniforme (11). Les usages locaux ont une sphère d'action plus limitée, à la région, à la place, à la foire, à la bourse, à la douane.

Les usages se distinguent encore, d'après la matière sur laquelle ils exercent leur autorité, en usages GÉNÉRAUX et SPÉCIAUX. Les premiers sont valables pour toutes branches de commerce, les seconds varient suivant la branche de commerce, suivant la classe des commerçants ; on y trouve, par exemple, les usages des entreprises théâtrales, des colporteurs, des négociants en gros et en détail. Par conséquent un usage peut être en même temps général quant au territoire et spécial quant à la matière, général pour la matière et local ou spécial relativement au territoire (12) ».

Cesare Vivante, *Traité de droit commercial*, trad. J. Escarra, Paris, 1910, p. 79-80.

Il poursuit sa présentation en abordant la question des fonctions de l'usage en distinguant suivant qu'ils suppléent ou qu'ils interprètent la loi.

« 13. FONCTIONS DE L'USAGE. – Les usages servent comme source subsidiaire des lois commerciales, non seulement pour ce qui concerne les contrats mais encore les personnes et les choses ; ils forment donc une source générale de droit commercial, tandis que dans les rapports civils les usages ne sont en vigueur que là où le code les invoque expressément (art. 47, Disp. transit.). Ils suppléent aux silences de la loi et des contrats ; et de même qu'ils ne peuvent déroger aux lois commerciales, de même ils ne peuvent déroger aux règles contractuelles : la volonté des contractants passe par-dessus l'usage, et en exclut l'efficacité.

Il n'existe pas d'usages impératifs d'ordre public. Toute règle nécessaire à l'ordre public tire sa légitimité de cette suprême exigence, et n'a pas besoin des éléments requis par l'usage pour s'imposer à l'observation du magistrat [...]

Parfois les usages se suffisent à eux-mêmes, gouvernant même un rapport juridique tout entier, non encore pris en considération par le législateur

<sup>55</sup> L.-E. Delamarre et J. Le Poitvin, *Traité théorique...*, op. cit., p. 37 et s., n° 31, p. 71.

<sup>56</sup> A. Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, op. cit., p. 11.

<sup>57</sup> Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, op. cit., t. I, 1889, n° 81 p. 70.

<sup>58</sup> A. Wahl, *Précis théorique et pratique ...*, op. cit., n° 22, p. 10.

<sup>59</sup> L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1925, n° 19, p. 16 n. 2.

<sup>60</sup> Ph. Bonnacarrère et M. Laborde-Lacoste, *Précis élémentaire de droit commercial*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1937, p. 8.

(*consuetudo praeter legem*) ; d'autres fois ils s'appuient sur les règles du Code, en le complétant par la réglementation des conséquences plus détaillées du rapport juridique déjà codifié (*consuetudo secundum legem*).

14. La force législative des usages réside entre les limites suivantes :

a) *Ils ne peuvent déroger aux lois commerciales, c'est-à-dire aux lois qui régissent la matière commerciale (v. § 5). C'est ce que déclare l'art. 1, qui, là, où statuent les lois commerciales, enlève toute espèce de force aux usages [...]*

15. b) *Ils ne peuvent déroger aux principes d'ordre public, soit que ceux-ci proviennent d'une loi, soit que la conscience générale les considère comme nécessaires à la vie sociale [...]* »

Cesare Vivante, *Traité de droit commercial*, trad. J. Escarra, Paris, 1910, p. .

L'intérêt de son analyse réside davantage dans les développements qu'il consacre à la preuve des usages en critiquant une partie de la doctrine commerciale française (Demolombe, Aubry et Rau, Lyon-Caen et Renault)<sup>61</sup>. Il établit à cette occasion une distinction entre usages interprétatifs et ceux qui « ont une force législative » qu'il dénomme aussi « usages législatifs »<sup>62</sup>. Une assimilation est opérée entre ces usages et la loi comme source du droit. A côté de ces premiers usages qui ont une force législative, Vivante envisage les usages interprétatifs « qui ont une force purement contractuelle ».

« 17. PREUVE. – Une doctrine erronée – à laquelle les auteurs français sont toujours fidèles – considère simplement la coutume, en ce qui concerne l'organisation de la procédure, comme un fait ou une série de faits, et par là même l'oblige à subir les règles que le Code de procédure établit pour la preuve des faits (24). L'erreur vient de ce que l'on a méconnu la véritable nature juridique de la coutume et de ce que l'on a confondu avec elle les usages interprétatifs (n° 18), qui entrent dans le contrat comme de véritables éléments de fait.

Le principe qui doit dominer cette matière est différent. L'usage est une source de droit comme la loi, et le juge qui le connaît doit en faire état, encore que les plaideurs n'en invoquent pas l'application : s'il ne l'appliquait pas, il jugerait à l'encontre du droit, et plus précisément au mépris de l'art. 1 du Code de commerce qui lui ordonne d'en tenir compte. Les juges n'en auront le plus souvent qu'une connaissance indirecte. Mais quand ils sont convaincus par de récentes recherches faites dans d'autres procès, par les résultats de la doctrine, par leur expérience ou de n'importe quelle façon que la coutume existe, ils doivent l'appliquer purement et simplement (25).

Il peut se faire – comme il arrive pour le droit étranger – que le juge ignore fréquemment l'existence de l'usage. Pour remédier à cette ignorance, dont on ne peut lui faire grief, il peut s'adresser directement aux chambres de commerce (26), aux consuls et à toute autre source qui lui paraît digne de foi, ou bien imposer la preuve de l'usage à celui des plaideurs qui veut l'utiliser pour justifier son droit (27).

18. USAGES INTERPRÉTATIFS. – On doit regarder comme essentiellement distincts des usages qui ont une force législative, ceux qui ont une force purement

<sup>61</sup> C. Vivante, *Traité de droit commercial*, trad. J. Escarra, Paris, 1910, p. 87 note 24.

<sup>62</sup> C. Vivante, *Traité de droit commercial*, Paris, 1910, p. 94 note 39.

contractuelle. Les premiers, quand ils sont prouvés, ont la valeur d'articles de loi, les seconds, celle de clauses de contrat ; les premiers s'appuient sur la pratique uniforme des commerçants, les seconds sur la volonté spécifique des contractants (39).

La fonction continuelle des usages est consacrée à expliquer la volonté des contractants, soit qu'ils aient employé des clauses ambiguës, soit qu'ils se soient tacitement référés à la pratique locale ou à celle suivie entre eux par le passé (40) ; et il est juste d'y recourir, car l'on doit présumer que les contractants ont employé le langage habituel avec son habituelle signification. Pour le déterminer, l'on ne devra pas s'arrêter au sens littéral, logique ou philosophique de la clause, mais on devra chercher le sens usuel qui s'est stéréotypé dans la pratique des commerçants et qui est le plus sûr indice de leur volonté. Ainsi, par exemple, il est inutile de rechercher la valeur philologique du sigle *cif* (*caf*) (de l'anglais *cost, insurance, freight*, coût, assurance, fret), quand il est notoire sur nos places qu'on emploie pour comprendre dans le prix de vente le coût de fret et de l'assurance (41).

19. De cette différence de nature dérive une diversité essentielle de régime juridique, dont je donne les principales manifestations :

a) Les usages interprétatifs peuvent être pris en considération par le juge, encore qu'ils ne soient pas observés publiquement ni d'une manière uniforme, ni d'une manière constante ; encore qu'ils soient contraires aux lois commerciales et spécialement au Code de commerce, à condition qu'il ne s'agisse pas de règles d'ordre public. Il suffit que le juge soit convaincu que les contractants se sont référés à cet usage pour que celui-ci devienne un élément du contrat et doive gouverner leurs rapports (42).

b) Les usages interprétatifs doivent s'appliquer que quand le juge est convaincu que les contractants ont voulu les adopter ; les usages législatifs doivent s'appliquer même si les contractants n'en connaissent pas l'existence, exactement comme ce serait le cas d'une disposition de loi. Aussi si l'un des contractants peut prouver qu'il ignorait, par exemple, les usages et les règlements de la banque avec laquelle il a contracté, on ne pourra le considérer comme obligé à les subir, autrement on introduirait dans le contrat un élément étranger à la volonté de la partie en question (43) ;

c) L'erreur sur l'existence et sur les effets des usages législatifs doit être traitée comme une erreur de droit ; celle portant sur les usages interprétatifs est considérée comme une erreur de fait (n. 17) ;

d) La violation des usages législatifs ouvre le recours en cassation ; il n'en est pas de même de celle des usages interprétatifs, qui constitue une appréciation de fait (n. 17) ;

e) Les dérogations aux règles consenties en faveur du droit coutumier (n. 17) ne peuvent, en principe, s'appliquer aux usages interprétatifs, parce que ceux-ci sont partie intrinsèque du contrat, et tirent leur efficacité de la volonté des contractants, non point de la pratique uniforme et générale des négociants. Ces usages interprétatifs ne sont invoqués par les parties que dans leur intérêt, et s'ils en veulent tirer avantage ils doivent les alléguer et en réclamer l'application, et, si c'est nécessaire, les prouver dans le mode et dans les termes prescrits par la loi pour la preuve des faits (44). Dans ce but on pourra utiliser la délation du serment et l'interrogatoire des plaideurs, car personne mieux qu'eux ne pourra dire s'ils entendaient déduire également au contrat l'usage en question, tandis que ces moyens de preuve, aptes à établir l'existence d'une convention, sont inefficaces pour prouver l'existence d'une règle coutumière, l'aveu ou la dénégation des

plaideurs ne suffisant pas à prouver l'existence d'une règle de droit qui doit reposer dans la conscience juridique générale (45) ».

Cesare Vivante, *Traité de droit commercial*, trad. J. Escarra, Paris, 1910, p. 87-96.

Les usages interprétatifs permettent de saisir et de comprendre la volonté des parties en prenant en considération la pratique locale. Leur portée est plus réduite mais ils peuvent être retenus par le juge pour en faire « un élément du contrat » s'il est convaincu que les parties se sont référées à un tel usage. Cette distinction développée par Vivante a été critiquée en raison de l'assimilation opérée entre les usages du droit commercial et du droit civil par des membres de la doctrine italienne (Franchi, Bolaffio, Sacerdoti) et allemande (Cohn). Elle est cependant reprise par Gino Magri<sup>63</sup>. En France, divers auteurs vont faire référence aux travaux de Vivante. Ce n'est qu'à partir de la quatrième édition parue en 1910, que le traité de Thaller cite la distinction évoquée par Vivante<sup>64</sup>. C'est pour répondre à l'interrogation de l'ouverture à cassation en cas de violation d'un usage par les juges du fond que Thaller renvoie à l'auteur transalpin. Il le fait essentiellement pour admettre que la violation d'usages légalisés – donnant l'exemple de la loi du 13 juin 1866 relative à la vente de marchandises – donne lieu à ouverture à cassation. C'est encore en 1910, date de la parution de la traduction française du traité de Vivante par Escarra, que paraît dans les *Annales de droit commercial* un article de Jean Escarra (« De la valeur juridique de l'usage en droit commercial »)<sup>65</sup>. Il rend compte du débat doctrinal relatif à la conception unitaire ou duale des usages. Il reprend et discute la distinction de Vivante<sup>66</sup>. Aux usages de fait ou interprétatifs, il oppose les usages de droit ou impératifs (Vivante parlait d'usages législatifs). Les premiers reposent sur la volonté des parties alors que les seconds trouvent leur fondement dans une volonté collective, une conscience générale, « la conscience de la place ». Escarra est partisan d'une conception duale des usages et d'une assimilation « théorique » de l'usage de droit à la coutume. L'année 1910 semble marquer une étape dans l'évolution de la connaissance et sans doute de l'appréhension des usages avec la prise en compte de la distinction usage interprétatif et usage législatif devenant plus communément la distinction usage de fait et usage de droit. La doctrine contemporaine considère que l'usage de fait correspond à des « pratiques qui correspondent à des règles habituellement suivies par un ensemble de professionnels pour l'application et l'exécution de tel ou tel contrat » alors que les usages de droit sont des « usages qui tirent également leur autorité du contrat et ont une valeur supérieure dans la mesure où ils se détachent de cette nature simplement conventionnelle pour acquérir une force identique à celle de la loi »<sup>67</sup>.

L'histoire du droit commercial de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle s'est enrichie depuis quelques décennies des travaux relatifs à la formation et au développement des différentes sources de ce droit<sup>68</sup>. Cette étude mérite d'être mise en perspective avec les évolutions mieux connues dans le champ du droit civil et des études consacrées à la doctrine civiliste. Avec le renouvellement de

<sup>63</sup> G. Magri, « Natura giuridica degli usi di commercio nella legislazione italiana », *Il Diritto commerciale*, fasc. 5 et 6, 1908, col. 729-746 et 853-872.

<sup>64</sup> E. Thaller, *Traité de droit commercial*, Paris, 4<sup>e</sup> éd., 1910, n° 51, p. 44 note 1.

<sup>65</sup> J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *op. cit.*, p. 97-123.

<sup>66</sup> J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *op. cit.*, p. 115-122.

<sup>67</sup> A. Laude, « Usages commerciaux : la solidarité », J. Mestre, E. Putman, D. Vidal, *Grands arrêts du droit des affaires*, Paris, 1995, p. 89.

<sup>68</sup> Voir en particulier les travaux depuis une trentaine d'années de J. Hilaire, *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique, Essai historique*, Paris, 1984 ; *Introduction historique au droit commercial*, Paris, 1986 ; *Le droit, les affaires et l'histoire*, Paris, 1995.

# La Revue

“La Coutume”

---

Numéro 2 - mars 2013

l’analyse des sources juridiques sous l’influence notamment de François Gén<sup>69</sup> mais aussi avec l’approche jurisprudentielle de la coutume développée par Edouard Lambert<sup>70</sup>, la doctrine commerciale a-t-elle pris en compte ces réflexions doctrinales françaises comme celles développées en Europe par la science juridique ? L’approche traditionnelle de l’usage assimilé à la coutume a été confrontée à une analyse renouvelée des usages qui a eu le mérite d’engager une réflexion sur la dualité de l’usage et de la coutume, ainsi que sur la distinction entre usage de fait et usage de droit. Alors que l’intérêt porté par la doctrine commerciale à la nature de la coutume commerciale en relation avec la notion d’usage se manifeste progressivement au début du XX<sup>e</sup> siècle, les rapports qu’elle entretient avec la loi et la jurisprudence vont faire aussi l’objet de discussions doctrinales<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> F. Gén<sup>y</sup>, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2<sup>e</sup> éd., 1954. Voir en particulier le vol. 20 des *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* et en particulier, P. Costa, « L’interpretazione della legge : François Gén<sup>y</sup> e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento », 1991, p. 367-495.

<sup>70</sup> E. Lambert, *Etudes de droit commun législatif. La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, p. 800 sq.

<sup>71</sup> F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX<sup>e</sup> siècle et au début XX<sup>e</sup> siècle », à paraître.

### LA COUTUME DANS L'EMPIRE ROMAIN TARDIF.

**Aude LAQUERRIERE-LACROIX,**  
Professeur d'histoire du droit

#### I - La spécificité de la coutume en droit romain tardif

#### II - Les fondements de l'autorité de la coutume en droit romain tardif

Le droit romain n'a pas légué de théorie de la coutume. Néanmoins, la coutume (*mos, consuetudo*) a toujours eu sa place en droit romain<sup>72</sup> et à diverses époques, les juristes ont porté leur attention sur l'autorité et sur les fondements du caractère obligatoire<sup>73</sup> de la coutume comme sur la place de celle-ci face aux autres sources du droit<sup>74</sup>.

De manière générale, l'évolution de la conception juridique de la coutume<sup>75</sup> est marquée par trois grandes phases.

D'abord, sous la République, les juristes ne mentionnent pas la coutume parmi les sources du droit. Pour ceux-ci, la coutume est seulement une référence, une source d'inspiration, un élément de décision, une *ratio decidendi*. Différemment l'auteur de la *Rhétorique à Herennius*, II.13.19<sup>76</sup>, Cicéron dans le *De Inventione*<sup>77</sup> affirment le caractère obligatoire de la coutume. Si leurs positions divergent<sup>78</sup>, ils rapprochent la coutume de la loi et discutent de son fondement. Déjà, ils ébauchent les principales caractéristiques de la coutume en tant que source du droit. La coutume partage avec la loi le même fondement, la volonté populaire (*voluntas omnium*), mais résulte d'une création directe et spontanée, sans recours aux modes formels de production du droit. L'autorité de la coutume est fondée sur l'ancienneté de l'usage et sur la constance de son application concrète (*vetustas*) qui prouvent par là son existence et confirment l'approbation du peuple (*vulgi adprobatio*)<sup>79</sup>.

Ensuite, sous le Haut-Empire, certains juristes, au premier rang desquels Julien, réévaluent la place de la coutume et la font figurer aux côtés de la loi en tant que source formelle du droit. C'est une époque de recherche des fondements de l'autorité de la coutume : permanence et ancienneté de l'usage (*vetustas*) et surtout consentement populaire (*voluntas populi*). Néanmoins, Pomponius et Gaius ne la mentionnent toujours pas. D'Auguste aux Antonins<sup>80</sup>, la coutume apparaît comme source de production du droit et son autorité tient davantage à la manifestation du consentement populaire qu'à la permanence et l'ancienneté de son application (*vetustas*) ; la *consuetudo* figure sur le même

<sup>72</sup> Rappelons, pour mémoire, l'importance de la coutume des ancêtres, du *mos maiorum*. La bibliographie relative à la coutume à Rome est extrêmement riche. Il ne s'agit ici que d'en donner quelques orientations.

<sup>73</sup> D. 1.3.32. Cf. GUARINO 1989 ; GALLO 1991 ; CERAMI 1997.

<sup>74</sup> Humbert 1990, 27.

<sup>75</sup> Cf. Bove 1990; Gallo 1978. V. aussi, Carbonnier 1995, 107.

<sup>76</sup> Bove 1970, 23-30.

<sup>77</sup> Bove 1970, cap. II *L'età di Cicerone*, 21-58.

<sup>78</sup> Se reporter à Bove 1970, 27-39.

<sup>79</sup> Bove 1970, 58; 1990, 93.

<sup>80</sup> Se reporter à Bove 1970, cap. III *Da Augusto agli Antonini*, 59-134.

plan que la loi, en tant que même expression du consentement populaire<sup>81</sup>.

L'époque des Sévères<sup>82</sup> est marquée par une certaine continuité par rapport à la période précédente mais les juristes portent un intérêt accru à la coutume après la constitution de Caracalla<sup>83</sup>. La Constitution Antoninienne a, certes, réalisé l'unité de statut des habitants libres de l'Empire par la généralisation du droit de cité mais, dans la pratique, les nouveaux citoyens ont perpétué leurs traditions juridiques qui survivent en tant que coutumes provinciales subordonnées aux impératifs de l'ordre public romain. Dès lors, l'appartenance des citoyens à la « commune patrie » n'exclut ni le respect du pluralisme des pratiques juridiques ni la diversité des statuts fiscaux<sup>84</sup>. La principale question a donc trait à l'existence et à la reconnaissance des droits locaux, eux-mêmes essentiellement d'origine coutumière. En général, la chancellerie impériale et les juristes (Paul, Ulpian, Callistrate, Marcien et Modestin) se montrent favorables aux droits locaux qui prennent le rang de coutumes locales en tant que manifestation d'un consentement populaire confirmé par l'ancienneté. L'autorité des coutumes locales se fonde à la fois sur le consentement populaire et sur l'ancienneté de l'usage<sup>85</sup>.

Enfin, l'Empire romain tardif est marqué par une nouvelle conception de la coutume, très différente de celle dégagée par les juristes classiques<sup>86</sup>. C'est ce que montre, assurément, l'étude des occurrences du terme *consuetudo* dans le Code Théodosien et dans le Code de Justinien qui consacrent, chacun, un titre à la coutume, CTh. 5.20 [= Brev. 5.12] *De longa consuetudine* et C. 8.52 *Quae sit longa consuetudo*<sup>87</sup>.

Dans plusieurs articles, J. Gaudemet a analysé avec finesse l'autorité et les fonctions de la coutume à l'époque tardive<sup>88</sup>.

Il s'agit aujourd'hui de présenter, brièvement, l'état de mes recherches en cours sur la question : je vous indiquerai certains éléments qui confirment la pensée de l'auteur sur l'approche fiscale et administrative de la coutume et vous proposerai une autre hypothèse d'interprétation de la 'coutume raisonnable'.

Dans un premier temps, nous évoquerons la spécificité de la coutume en droit romain tardif, sa prise en compte en matière administrative et fiscale<sup>89</sup>.

Nous reviendrons, dans un second temps, sur les fondements de l'autorité de la coutume et surtout sur l'interprétation du lien entre coutume et 'raison'.

#### I - La spécificité de la coutume en droit romain tardif

D'un point de vue juridique, l'analyse romaine de la coutume s'est développée au regard de la question de la reconnaissance de droits locaux et plus particulièrement de coutumes provinciales.

De manière traditionnelle, l'Empereur confirme l'existence de coutumes provinciales lorsque celles-ci suppléent aux carences de la loi (coutumes *praeter legem*) et à plus forte raison, lorsqu'elles confirment la loi (coutumes *secundum legem*).

Logiquement, au nom de son pouvoir absolu, le Prince combat les coutumes provinciales contraires à

<sup>81</sup> BOVE 1970, 111; 130-134.

<sup>82</sup> BOVE 1970, cap. IV *L'età dei Severi*, 135-177.

<sup>83</sup> BOVE 1970, 135-136.

<sup>84</sup> Pour une mise au point : CARRIE, ROUSSELLE 1999, 57-65.

<sup>85</sup> BOVE 1970, 176-177.

<sup>86</sup> Humbert 1990, 38.

<sup>87</sup> Cf. LOMBARDI 1952.

<sup>88</sup> GAUDEMET 1938 ; 1956 ; 1962a ; 1962b ; 1979.

<sup>89</sup> Sur l'existence d'usages en matière fiscale et leur respect assuré par le juge dans le cadre du contentieux fiscal, Cf. TEBOUL 1989, 134, 256-257.

la loi (*coutumes contra legem*)<sup>90</sup> et rappelle la supériorité de la loi en tant que source du droit. Constantin proclame avec vigueur en 319 : « *la coutume ne peut vaincre la loi* » (C. 8.52.2)<sup>91</sup>. De même, l'Empereur rejette les mauvaises coutumes (CTh. 6.29.1, a. 355) : « *Que cesse donc cette mauvaise coutume par laquelle certains sont envoyés en prison* »<sup>92</sup>.

En revanche, de nombreux exemples témoignent de l'officialisation par le législateur tardif de coutumes provinciales ou locales contraires au droit antérieur<sup>93</sup>.

Sans revenir ici sur de célèbres controverses, l'autorité de la coutume ne paraît pas avoir été supérieure à celle de la loi, tout au plus, mise sur un plan d'égalité avec celle-ci.

L'interprète qui fait allusion à une coutume *pro lege* fait état d'une coutume à valeur de loi. Faudrait-il y voir un rapprochement entre coutume et loi par le biais du consentement unanime ? Il semble plutôt, comme l'a souligné M. Humbert, que l'autorité de la coutume n'est plus immédiate mais médiante, c'est-à-dire dépend de sa reprise par la loi<sup>94</sup>.

La coutume ne figure pas dans le livre I du Code Théodosien consacré aux sources du droit<sup>95</sup> mais dans le livre V (CTh. 5.20).

C'est pourquoi, la place de la coutume mérite d'être précisée en ce qu'elle indique l'idée des compilateurs orientaux en 438 d'autant plus qu'aucune mention n'est faite de la coutume en droit privé. J. Gaudemet s'interroge : faudrait-il en conclure que les compilateurs songent surtout aux coutumes d'exploitation des domaines telles la *lex Manciana* ?<sup>96</sup> A notre avis, les compilateurs du code Théodosien ont voulu envisager les conséquences pratiques de l'admission d'une coutume aussi bien sur le calcul des revenus des domaines impériaux que sur celui de l'impôt foncier.

De manière générale, en effet, la coutume est prise en compte en matière administrative et fiscale.

Sous un angle administratif, la coutume est invoquée au regard des carrières des diverses catégories de fonctionnaires (recrutement, déroulement de carrière, droits et obligations). En outre, il est fait appel à la coutume en matière d'organisation administrative au sens large (entretien des routes, usage des eaux etc.)

A titre d'exemple, citons deux constitutions rapportées au Code Théodosien : CTh. 1.8.1 (15 octobre 415) et CTh. 1.8.2 (25 avril 424).

CTh. 1.8.1 LES EMPEREURS HONORIUS ET THEODOSIUS AUGUSTES A FLORENTIUS, MAITRE DES SOLDATS. *Nous avons appris sur le rapport de l'illustre questeur Eustathius que des grades (praepositurae) ont été effacés d'un registre mineur par l'innovation de certaines personnes : c'est cela que, déjà transformé en une autre coutume, Nous voulons révoquer entièrement. Mais, nous proclamons que soit rapportées au registre mineur quarante grades à la place de l'instruction de celui-ci citée infra, de sorte qu'elles soient envoyées pour les autres par le Bureau des mémoires ; l'office de ta Sublimité devra observer qu'il n'usurpe rien pour lui-même du nombre appelé, pour lequel ce qui n'a pas été modifié demeure sans inquiétude pour partie*

<sup>90</sup> En ce sens, GAUDEMET 1956, 155.

<sup>91</sup> Cf. GAUDEMET 1956, 154, 158.

<sup>92</sup> **Cesset ergo prava consuetudo**, per quam carcari aliquos inmittebant. Voir aussi, CTh. 12.1.186 (a. 429).

<sup>93</sup> Cf. C. 8.52.3.

<sup>94</sup> Humbert 1990,

<sup>95</sup> GAUDEMET 1957, 119.

<sup>96</sup> GAUDEMET 1957, 119 n.4.

bien qu'à l'encontre du calcul<sup>97</sup>.

CTh.1.8.2 L'EMPEREUR THEODOSE AUGUSTE A L'ILLUSTRE SALLUSTIUS, COMTE ET QUESTEUR<sup>98</sup>.  
*Sache que la charge du registre tout entier relève de la sollicitude de ta Sublimité, de sorte que, par ton arbitrage, les dignités du registre mineur c'est-à-dire tous les grades (praepositurae), le tribunat et les préfetures soient ensuite envoyées par le Bureau des mémoires, conformément à l'ancienne coutume et par l'autorité de ma Clémence.*

C'est d'ailleurs ce que retient le Code Justinien d'une constitution de Léon et Anthémios, datée de 469 :

C. 8.52.3 LES EMPEREURS LEON ET ANTHEMIUS AUGUSTES A ALEXANDRE. *La coutume, prouvée et fidèlement observée depuis les temps anciens, imite et contient aussi les lois elles-mêmes et nous décidons que celles qu'on connaît avoir été garanties par les officia, les curies, les cités, les princes et les collègues occupent le rang de loi perpétuelle*<sup>99</sup>.

Soulignons que les constitutions du Code Théodosien abordent, essentiellement, la coutume provinciale sous un angle fiscal<sup>100</sup>.

Une constitution de Julien l'exprime avec clarté en 362 :

CTh. 11.16.10. L'EMPEREURS JULIEN LEON AUGUSTE A SECONDUS, PREFET DU PRETOIRE. *Il est juste que rien ne soit imposé aux provinciaux à Notre insu [...]. C'est pourquoi, tous les possesseurs doivent être forcés d'accomplir, à parts égales, ce que la coutume ou notre ordre ont embrassés : c'est-à-dire la poste impériale, les transports, les taxes de passage (itinerum sollicitudines) et les autres choses semblables.* »<sup>101</sup>

Déjà, en 356, la validation impériale d'une très ancienne coutume fiscale limitait la perception d'une contribution extraordinaire auprès des provinciaux, celle-ci ne pouvant être exigée qu'à une double condition : répondre aux critères de nécessité (irrécusable) et d'utilité publique et être demandée

<sup>97</sup> IMPP. HONORIUS ET THEODOSIUS AA. FLORENTIO MAGISTRO MILITUM. Viro illustri quaestore Eustathio suggerente cognovimus per innovationem quorundam a minore laterculo praeposituras fuisse sublatas, quod iam in alteram consuetudinem derivatum ex integro revocare nolimus. quadraginta vero praeposituras minori laterculo pro infra scripta instructione eius restitui praecipimus, ut de scrinio memoriae de cetero emittantur, observaturo sublimitatis tuae officio, ut nihil de memorato numero sibi usurpet, quo pro parte habeat inconcussum quod contra rationem fuerat immutatum. DAT. ID. OCT. CONSTANTINOPOLI HONORIO X ET THEODOSIO VI AA. CONSUL. Scripta eodem exemplo Sapricio magistro militum, Helioni magistro officiorum et Eustathio quaestori.

<sup>98</sup> IMP. THEODOSIUS A. SALLUSTIO, VIRO ILLUSTRIS COMITI ET QUAESTORI. Laterculi curam totius scias ad tuae sublimitatis sollicitudinem pertinere, ita ut tuo arbitratu ex scrinio memoriae totius minoris laterculi dignitates, hoc est praepositurae omnes, tribunatus et praefecturae **iuxta consuetudinem priscam clementiae meae auctoritate** deinceps emittantur. DAT. VII K. MAI. CONSTANTINOPOLI VICTORE V. C. CONSULE. (25 avril 424).

<sup>99</sup> IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ALEXANDRO. **Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur et retinet: et quod officii curiis civitatibus principibus vel collegiis praestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus.** DAT. VII ID. SEPT. ZENONE CONS. (a. 469).

<sup>100</sup> En ce sens, GAUDEMET 1956, 149 et n.16.

<sup>101</sup> IMP. IULIANUS A. SECUNDO PRAEFECTO PRAETORIO. *Nihil provincialibus indici sine nostra scientia fas est [neque rursus ex his quae sunt indicta referri]. Omnia igitur, quae consuetudo vel dispositio nostra amplectitur, hoc est cursum publicum, translationes, itinerum sollicitudines ceteraque similia cuncti possessores implere pariter compellantur.* Et cetera. PROPOSITA III ID. MART. CONSTANTINOPOLI MAMERTINO ET NEVITTA CONSS.

par le gouverneur de province au Prince ou à son représentant direct<sup>102</sup>. Ensuite, pour l'Occident, une constitution d'Honorius<sup>103</sup> suggère qu'était établie une liste des provinces, diocèse par diocèse et qu'était probablement mentionnée pour chaque diocèse, la coutume fiscale à suivre annuellement (y compris le mode de contribution)<sup>104</sup> et les éventuelles exemptions (probablement aussi, étaient notées les provinces jouissant d'un privilège particulier)<sup>105</sup>. Parallèlement, l'admission d'une très ancienne coutume fiscale peut justifier l'abolition par le préfet du prétoire d'une contribution extraordinaire contraire et pesant sur les épaules des provinciaux<sup>106</sup>. L'emploi d'un même vocabulaire fiscal contribue à cerner les contours de la coutume officialisée par les législateurs successifs. La loi confirme la validité des vieux usages en matière de taux et de montant des taxes, en matière de répartition de l'impôt... Mais l'un des domaines les plus intéressants est celui de la perception de l'impôt. Une constitution du 28 sept. 399 emploie, en effet, le verbe *exigere* (faire payer, exiger une somme due) et son dérivé *exactor* (collecteur d'impôt) en lien avec la coutume (*consuetudo*).

CTh.1.12.7 LES MEMES AUGUSTES A MESSALA, PREFET DU PRETOIRE ET PREFET DE L'ANNONE. Après d'autres matières. *Nous ordonnons que l'ancienne coutume de perception soit respectée pour toute contribution annonaire et extraordinaire, de sorte qu'une fois déchargés tous les percepteurs (exactores) qui, jusqu'à présent, ont été envoyés par divers offices, contrairement à l'usage (mos), l'office proconsulaire demande ce qu'il avait coutume de percevoir et qu'il ne s'immisce pas impudemment dans les affaires d'autrui*<sup>107</sup>.

Le passage de l'invocation d'une coutume de perception à la notion de taxe coutumière paraît assez logique. Ne pourrait-on pas, alors, envisager de rattacher les *exactiones* ou *consuetudines* médiévales<sup>108</sup> qui signifient taxes<sup>109</sup> à ces dispositions du Code Théodosien et à leur interprétation faite en Occident au v<sup>e</sup> siècle ? En tous cas, la dimension fiscale de la coutume invite à revenir sur les fondements de l'autorité de la coutume en droit romain tardif.

<sup>102</sup> CTh. 11.16.7 IDEM A. ET IULIANUS C. AD POPULUM. Sola iubemus exigi, quae factis a nobis indictionibus aliisve praeceptis continentur et quae anniversaria consuetudine antiquitus postulantur: aut, si inexcusabilis necessitas quiddam novum exigat nec dilationem publica utilitas patiatur, referri a ceteris iudicibus ad viros clarissimos praefectos praetorio et eorum arbitrio flagitanda deposci statimque id nostrae intimari clementiae. DAT. IIII NON. APRIL. MEDIOLANO CONSTANTIO A. VIII ET IULIANO C. CONSS. (a. 356).

<sup>103</sup> CTh. 11.17.3 IDEM AA. PRAEFECTIS PRAETORIO ET COMITI SACRARUM LARGITIONUM. *Equos canonicos militares dioeceseos africanae secundum subiectam notitiam singularum provinciarum ex praesenti duodecima indictione iussimus adaerari, in tribuendis viris clarissimis comitibus stabuli sportulis in binis solidis pro singulis equis servari consuetudinem decernentes. Quam formam quodannis observari praecipimus, ut secundum postulationem gaudenti viri clarissimi comitis africae devotissimo militi septeni solidi pro equis singulis tribuantur.* DAT. XII KAL. APRIL. MEDIOLANO VINCENTIO ET FRAVITO CONSS. (a. 401).

<sup>104</sup> Cf. CTh. 12.6.9 IDEM AA. AD DRACONTIUM VICARIUM AFRICAE: « *verum in provinciis africae tua sinceritas hoc ab his officium iubeat amoveri atque eos susceptores specierum annoniarum manere, quos ad hanc necessitatem vetus consuetudo constringit* » (a. 365?).

<sup>105</sup> Quelques années plus tôt, Honorius visait ainsi le diocèse des Espagnes : « *C'est pourquoi nous ordonnons que les Espagnes jouissent, seulement pour le présent, des privilèges concédés, ensuite elles devront observer la coutume de toutes les autres provinces en acquittant leurs charges.* », Cf. CTh. 6.2.21 : « *ut hispaniae in praesens tantum tempus beneficiis indultis utantur servaturi posthac in solvendis functionibus provinciarum consuetudinem ceterarum* » (a. 398).

<sup>106</sup> CTh. 11.1.23 (a. 393).

<sup>107</sup> IDEM AA. MESSALAE PRAEFECTO PRAETORIO ET PRAEFECTO ANNONAE. Post alia: *Antiquam exigendi consuetudinem in omni annonario ac superindicto canone servandam esse censemus, ut submotis omnibus exactoribus, qui de diversis officiis extra morem nunc usque directi sunt, officium proconsulare postulet, quod exigere consuevit, nec alienis se partibus impudenter inserat.* Et cetera. DAT. III K. OCTOB. ALTINO THEODORO V. C. CONSUL. (28 sept. 399).

<sup>108</sup> Sur la question cf. ROUMY 2001. Voir aussi PETIT 1984.

<sup>109</sup> GAUDEMET 1956, 149 et n.16.

#### II - Les fondements de l'autorité de la coutume en droit romain tardif

D'abord, l'autorité de la coutume paraît essentiellement fondée sur l'ancienneté de l'usage (« *vetustas, longa consuetudo, antiqua consuetudo servetur* »)<sup>110</sup> et dépend de sa reconnaissance officielle par l'empereur, dans ses constitutions ayant valeur de loi.

Cette période est, en effet, marquée par la « récupération de la coutume par la loi » et par la « conquête politique » d'une source du droit auparavant indépendante.

Le titre du code Théodosien relatif à la coutume de longue durée ne comporte qu'une unique constitution<sup>111</sup> qui ne contient pas le terme *consuetudo* et se borne à réaffirmer le caractère obligatoire de la coutume (CTh. 5.20 *De longa consuetudine*)<sup>112</sup>.

Mais la constitution choisie par les compilateurs fait clairement référence à la durée (*diu*) et à la permanence (*permanere*) de l'usage, avec pour limite, la conformité à l'intérêt public (*causa publica*). Au v<sup>e</sup> siècle, en Occident, l'interprétation se réfère à la « *longa consuetudo* » pour lui donner valeur de loi<sup>113</sup> si elle ne fait pas obstacle aux *utilitates publicae*. Relevons ici l'apport de l'*interpretatio*<sup>114</sup> dans un sens fiscal probablement<sup>115</sup>.

Ensuite, le consentement populaire (*voluntas populi*) n'est pas invoqué expressément, il est devenu implicite, tacite (consentement tacite du peuple)<sup>116</sup> et secondaire<sup>117</sup>.

En outre, un nouveau fondement apparaît à l'époque tardive : celui de la conformité de la coutume à la *ratio*, ce qu'implique la notion de coutume raisonnable.

Nous ne reprendrons pas ici toutes les discussions portant sur les rapports entre coutume et raison<sup>118</sup>.

Constantin serait l'initiateur d'un nouveau fondement à l'autorité de la coutume, son caractère raisonnable. L'Empereur, dans sa célèbre constitution rapportée au C. 8.52.3 affirme que la coutume ne peut vaincre ni la loi ni la raison<sup>119</sup>.

J. Gaudemet a dénoncé ici l'« *anomalie qu'il y aurait à trouver dès 319 une idée dont les juristes resteront plus de deux siècles sans faire état et qui ne se retrouve, avec combien de modestie, que dans le droit de Justinien* » et à laquelle il propose une solution reposant sur une série d'interpolations (interpolation du texte du Digeste, adjonction de la référence à la raison par les commissaires de Justinien) mais aussi un appel à la patristique.

Selon nous, l'analyse des occurrences du terme *ratio* dans le Code Théodosien tend à expliquer cette anomalie. Nous voudrions émettre une hypothèse : la conformité à la *ratio* ne serait pas seulement la conformité à la raison par opposition à la nature mais, plutôt, la conformité de la coutume à la *ratio* du fisc, au sens de calcul, d'évaluation du fisc<sup>120</sup> – en ce qui concerne notamment les modalités de

<sup>110</sup> SELON M. Humbert, la *vetustas* impliquerait plutôt le consentement populaire et l'autorité médiate de la coutume, Cf. HUMBERT 1990.

<sup>111</sup> CTh. 5.20.1 [= Brev. 5.12.1] IMP. IULIANUS A. AD MAXIMUM. Venientium est temporum disciplina, instare veteribus institutis. Ideoque quam nihil per causam publicam intervenit, quae diu servata sunt, permanebunt. DAT. IV. KAL. MART. CONSTANTINOPOLI, IULIANO A. IV. ET SALLUSTIO COSS ; IT. 5.20.1 Longa consuetudo, quae utilitatibus publicis non impedit, pro lege servabitur.

<sup>112</sup> CTh. 5.20.1. Cf. GAUDEMET 1956, 152 ; 155.

<sup>113</sup> GAUDEMET 1957, 122-127.

<sup>114</sup> GAUDEMET 1951, 480.

<sup>115</sup> GAUDEMET 1951, 409 : « Souvent l'*utilitas publica* n'est que l'intérêt du fisc » et n. 5.

<sup>116</sup> GAUDEMET 1938, 142.

<sup>117</sup> GAUDEMET 1957, 122-127 ; GAUDEMET 1962a, 56.

<sup>118</sup> Se reporter à GAUDEMET 1938.

<sup>119</sup> Cf. LOMBARDI 1952, 71-74 et n.237.

<sup>120</sup> En ce sens, BERGER 1953 v. *ratio* ; *ratio (rationes) fiscali*.

répartition de l'impôt foncier et de perception de la redevance des domaines impériaux.

A titre de premier exemple, une constitution de 372 (CTh. 14.17.7)<sup>121</sup>. Dans celle-ci, les empereurs dénoncent et abolissent la coutume de vendre à la population le surplus d'impôt perçu en nature (*annona*). La justification de la mesure est intéressante : il ne faut pas mélanger les calculs de rations en ne distinguant pas les catégories sociales (un soldat a le droit de demander la ration d'un autre soldat et non celle d'un simple citoyen). La remise en question de l'autorité de la coutume est due à son absence de conformité à la 'raison fiscale', au sens de calcul des contributions en nature à répartir.

Second exemple, une constitution attribuable à Constantin ou, en tous cas, très proche chronologiquement (CTh. 11.30.18<sup>122</sup>). Celle-ci relie *ratio* et coutume fiscale, ce qui permet d'envisager sous un autre angle la fameuse constitution de Constantin au Code de Justinien. En effet, d'après cette constitution, « dans les causes fiscales, le juge fiscal doit tenir compte de l'usage suivi de l'ancienne coutume » et remettre un rapport à l'Empereur détaillé en cas d'appel. La procédure d'appel doit suivre la coutume et la demande doit se conformer à la 'raison fiscale'.

Enfin, il paraît assez probable que seule la coutume fiscale prouvée ait eu autorité : la nécessité de prouver la persistance de ces vieux usages pourrait expliquer les allusions fréquentes à des rapports, à des registres - on a vu le rôle de l'Office des mémoires en matière de coutumes « administratives » -, des livres (de comptes ?), en tous cas à une mise par écrit.

CTh. 10.1.11. LES MEMES EMPEREURS AUGUSTES ET GRATIEN AUGUSTE A ALEXANDRIANUS, COMTE DU PATRIMOINE PRIVE. *Comme Nous nous occupons, évidemment, des intérêts des colons, pour la dixième année du cycle fiscal, ceux qui, conformément à la coutume, transmettent aux contrôleurs du fisc le revenu de Notre maison, doivent seulement payer un pour cent par mois ; cependant, aussi, de sorte que le calcul de chaque pour cent, toujours digne de foi, consigné sur le livre, soit porté à ta connaissance pour que, une fois tous les paiements mis au jour par une instruction ouverte, le calcul du reliquat de pourcentage puisse être connu.* (25 septembre 367)<sup>123</sup>.

La coutume de l'Empire romain tardif se caractérise par son caractère souple et multiforme et en même temps par l'emprise du pouvoir impérial sur son contenu et son autorité.

La coutume est envisagée avant tout sous l'angle administratif et fiscal, même si ses caractéristiques

<sup>121</sup> IDEM AAA. CLEARCHO PRAEFECTO URBI. *Vendendi de reliquo popularibus annonam consuetudinem derogamus, ut huiusmodi celebrata venditio omni careat firmitate. Verum si quis urbe abeundum esse crediderit, panes ceteraque quae percipit in horreorum conditis reserventur, poscentibus iuxta legem eiusdem ordinis hominibus deferenda. Quin lege proposita etiam quae fuerint fortasse distractae, ad originem propriam iusque revocamus, si quidem iustum est, ut in perpetuum suum quisque detineat et per succedaneas vices proprius ordo teneat, ut palatinus palatini, militis vero militaris, popularem annonam popularis exposcat nec alter alterius sibi expetens diversorum ordinum valeat miscere rationem.* DAT. VIII KAL. MAI. MODESTO ET ARINTHAEO CONSS. (24 avril 372 [8 mai ?]).

<sup>122</sup> IMP. CONSTANTIUS A. ANICIO IULIANO PRAEFECTO URBI. *Quotiens rationalis vel officii necessitate poscente vel ex praerogativa rescripti inter privatos iudicaverit, si a sententia fuerit provocatum, non ad nostram scientiam referendum est, sed apostolis datis, quod iuxta observatam rationem postulari sufficet, ad auditorium gravitatis tuae, cui ad vicem nostram delata iudicatio est, partes pervenire oportet, in fiscalibus causis servato priscae consuetudinis more, ut opinione edita universa ad nostram scientiam referantur.* DAT. XIII KAL. IUL. SERDICA; PROPOSITA VI KAL. AUG. ROMAE CONSTANTIO A. II ET CONSTATE CONSS. (19 juin 339 [329]).

<sup>123</sup> CTh.10.1.11 (Cf. 12.6.14) IDEM AA. ET GRATIANUS A. ALEXANDRIANO COMITI RERUM PRIVATARUM. *Ut perspicue colonorum utilitatibus consulatur, decima indictione singulas tantum dependant centesimas, qui redditus domui nostrae debitos quodannis iuxta consuetudinem arcariis tradunt; ita tamen, ut singularum quoque centesimarum ratio semper evidens scientiae tuae digesta referatur; videlicet ut erogationibus cunctis aperta instructione patefactis reliquorum ratio ex centesima possit agnoscí.* DAT. VII KAL. OCT. DOROSTORI LUPICINO ET IOVIANO CONSS.

juridiques n’ont pas été oubliées. A la conception traditionnelle de la coutume, semble s’être superposée une nouvelle approche de la coutume, concrète, conforme à l’exigence de prise en considération des droits locaux et surtout aux intérêts de l’Empereur et du fisc.

La coutume légitime ne peut aller à l’encontre de l’utilité publique. La coutume raisonnable pourrait être d’abord - ou tout au moins aussi - celle qui se conforme à la *ratio* du fisc<sup>124</sup>.

#### Sources

CTh. 1.8.1  
CTh. 1.8.2  
CTh. 1.12.7  
CTh. 5.20 [= Brev. 5.12] *De longa consuetudine*  
CTh. 5.20.1 [= Brev. 5.12.1]  
CTh. 6.2.21  
CTh. 6.29.1  
CTh. 10.1.11.  
CTh. 11.1.23  
CTh. 11.16.7  
CTh. 11.16.10  
CTh. 11.17.3  
CTh.11.30.18  
CTh. 12.6.9  
CTh. 14.17.7  
IT. 5.20.1  
C. 8.52 *Quae sit longa consuetudo*  
C. 8.52.2  
C. 8.52.3

#### Éléments bibliographiques

BERGER 1953	BERGER (A), <i>Encyclopedic Dictionary of Roman Law</i> , 1953.
BOVE 1990	BOVE (L), <i>La consuetudine nell’evoluzione del diritto romano</i> , in <i>La coutume</i> , Recueils de la Société J. Bodin 51, I, 1990, 91-96.
BOVE 1971	BOVE (L), <i>La consuetudine in diritto romano, I: Dalla Repubblica all’età dei Severi</i> , Napoli 1971.
CARRIÉ, ROUSSELLE 1999	CARRIÉ (J.M), ROUSSELLE (A), <i>L’Empire romain en mutation des Sévères à Constantin (192-337)</i> , Paris, 1999.
CERAMI 1997	CERAMI (P), <i>Breviter su Iul. D. 1,3,32 (Riflessioni sul trinomio lex, mos, consuetudo)</i> , in <i>Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne</i> , Mélanges F. Gallo I, Napoli 1997, 117-137.
GALLO 1991	GALLO (F), <i>La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1,3,32: teoria giuliana o manipolazione postclassica?</i> , in <i>BIDR XXXIII-XXXIV (1991-1992)</i> , 1-40.

<sup>124</sup> Les livres de raison ont pour origine étymologique *ratio* au sens de compte, évaluation.

### Numéro 2 - mars 2013

- GALLO 1978 GALLO (F), *Consuetudine nel diritto romano*, in *Appolinaris LI* (1978), 440-454.
- GAUDEMET 1979 GAUDEMET (J), *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> siècles*, Paris 1979, 2<sup>e</sup> ed., Chap. III « La coutume », 114-127.
- GAUDEMET 1962a GAUDEMET (J), *La loi et la coutume, manifestations d'autorité et sources d'enseignement à Rome*, (travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1962), 3-30 et *Etudes de droit romain*, Naples 1979, T. I Sources et théorie générale du droit.
- GAUDEMET 1962b GAUDEMET (J), *L'autorité de la loi et de la coutume dans l'Antiquité*, (VI<sup>e</sup> congrès international de droit comparé, Bruxelles, 1962) et *Etudes de droit romain*, Naples 1979, T. I Sources et théorie générale du droit.
- GAUDEMET 1956 GAUDEMET (J), *La coutume au Bas Empire. Rôle pratique et notion théorique*, in *Labeo* 2 (1956), 65-80 et *Etudes de droit romain*, Naples 1979, T. I Sources et théorie générale du droit.
- GAUDEMET 1951 GAUDEMET (J), *Utilitas publica*, in *RHD* 29 (1951), 465-499 et *Etudes de droit romain*, Naples 1979, T. II Institutions et doctrines politiques.
- GAUDEMET 1938 GAUDEMET (J), *Coutume et raison en droit romain. A propos de C.J. 8.52.2*, in *RHD* (1938), 31-64 et *Etudes de droit romain*, Naples 1979, T. I Sources et théorie générale du droit.
- GUARINO 1989 GUARINO (A), *Giuliano e la consuetudine*, in *Labeo* XXXV (1989), 172-184.
- HUMBERT 1990 HUMBERT (M), *De la coutume dans l'Antiquité. Discussions*, in *La coutume*, Recueils de la Société J. Bodin 51, I, 1990, 35-38.
- LOMBARDI 1952 LOMBARDI (G), *Sul titolo 'Quae sit longa consuetudo (8, 52, 53) nel Codice Giustiniano*, in *SDHI* 18 (1952), 21-87.
- PETIT 1984 PETIT (C), *Consuetudo y mos en la lex Visigothorum*, in *AHDE LIV* (1984), 209-252.
- ROUMY 2001 ROUMY (F), *Lex consuetudinaria, Jus consuetudinarium. Recherche sur la naissance du concept de droit coutumier aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles*, in *RHD* 79 (2001), 277-280.
- TEBOUL 1989 TEBOUL (G), *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, Paris 1989, Bibliothèque de Droit public, T. 153.
- CARBONNIER 1995 CARBONNIER (J), *La genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume*, in *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris 1995.

### REFLEXIONS SUR QUELQUES PROBABLES SOURCES COUTUMIERES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT.

*Philippe BOUCHEIX,  
Maître de conférences de droit public*

#### I - En droit international et droit comparé

A - Des origines assez variées

B - Panorama actuel

#### II - En droit interne

A - Des références expresses à des coutumes

- 1) Sous l'Ancien Régime
- 2) Epoque contemporaine

B - Des coutumes codifiées

- 1) En droit rural
- 2) Dans le domaine de l'eau



**L**e droit de l'environnement est une discipline récente. En effet elle l'est, si l'on considère qu'elle est définitivement née à l'issue de la conférence de Stockholm en juin 1972. La notion de coutume renvoie habituellement à des temps anciens où la notion d'environnement n'existait même pas. Le terme environnement n'est apparu dans le grand Larousse

de la langue française qu'en 1972, et comme le souligne Eric Naim-Gesbert : « *Dans les premiers âges de l'histoire de l'humanité, et quel que soit le motif (religieux, politique économique, culturel ou artistique, il n'y a pas de conservation de la nature per se.* » in *Droit général de l'environnement, lexis nexis, 2011, p.16*. Pour autant on peut se demander si le droit de l'environnement ne procède pas à sa manière de sources coutumières ou à tout le moins de pratiques issues elles-mêmes de coutumes ou de traditions sociales, culturelles ou religieuses. C'est précisément dans l'étude de l'évolution du rapport de l'homme à la nature et en particulier au sens des traditions de la ruralité qu'il convient de chercher de probables sources coutumières du droit de l'environnement.

Elles sont issues d'une part du droit international et de certaines pratiques issues des coutumes locales dans le monde (I) et, d'autre part de coutumes françaises régionales ou locales (II).

#### I - En droit international et droit comparé

##### A - Des origines assez variées

Tout d'abord, il apparaît important d'explorer une première série de sources en relation directe avec les fondements spirituels ou religieux des rapports de l'homme avec la nature. Il semble que l'on puisse tirer quelques conclusions sur la pertinence de telles sources, par exemple lorsque l'empereur Osaka édicte des règles de protection de la faune et de la flore, de la chasse et de la pêche ou qu'il interdit les sacrifices rituels d'animaux. Ou encore lorsque le code des Hittites condamne l'auteur de la souillure d'un puits à trois pièces d'argent, ou enfin, lorsque le roi Akhenaton invente le principe de la protection des espaces sensibles en créant les premières réserves naturelles (S. Lyster, *International Wildlife Law*, Grotius publications, 1985, p.21)

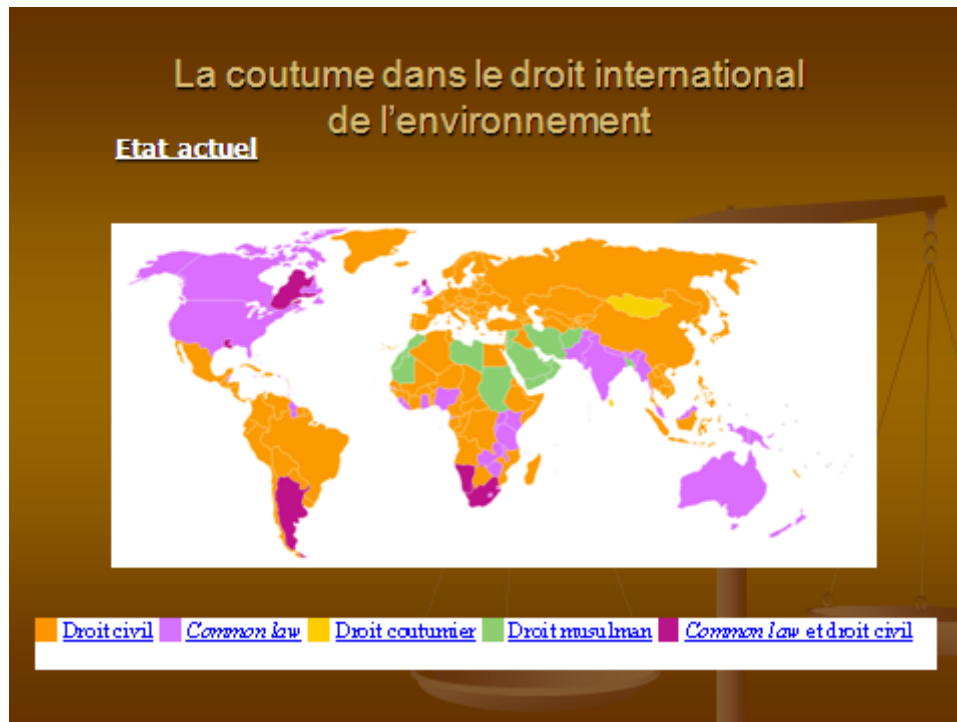
Ce sont de tels fondements spirituels ou religieux du rapport de l'homme à la nature qui vont inspirer par la suite le développement de coutumes avant que celles-ci ne soient consacrées par les lois. (J. Fromageau et P. Guttinger, *Protection des espaces naturels et histoire du droit*, SFDE 1987 ; M. Cornu et J. Fromageau, *Genèse du droit de l'environnement*, L'Harmattan, 2001 ; J.L. White, *The historical roots of our ecological crisis*, Science, 1967, n° 3767, p.1203.)

Ainsi, la plupart des civilisations les plus anciennes comme les Incas, les Aztèques ou les Etrusques avaient-elles des rapports à la nature très marqués par les croyances et les théories de la réincarnation. Ils figurent en très bonne place dans les codes scripturaux des égyptiens. De même, les grecs disposaient de leurs *agraphoi nomoi* (droit non écrit), et les romains du *mos maiorum* (usage des ancêtres) qui influencera le droit de l'eau (Voir notamment Tite-Live « Histoire romaine » 39,44 ; Frontin : « De aquae ductu urbis romae » in Codex Cassinensis). On trouve, au Moyen âge occidental les *consuetudines*, à l'origine du mot français coutume (Champonnière, *De la propriété des eaux courantes*, Paris 1846). On doit probablement aux coutumes indiennes l'origine du droit des générations futures et la création dès 1872 du premier parc national aux Etats-Unis (Yellowstone).

Les principes modernes du droit de l'environnement ont ainsi été influencés par ces sources non écrites (en Australie l'influence de la culture aborigène, en Nouvelle Zélande l'influence de la culture Maori, en Afrique le statut juridique des animaux, de la forêt ou de l'eau. Voir en ce sens : Roger Keesing, Robert Tonkinson « Réinventant traditionnel culture » in *Revue spécial issue of mankind* Vol.13, n°4 ; Pepe Clarke « Droit, coutume et gestion communautaire des ressources naturelles dans la république des îles Fidji » in *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*, sous la direction de Nadège Meyer et Carine David, ed. Bruylant 2012 ; F.A.O.

Etude législative n° 58,1996 « Anthologie du droit coutumier de l'eau en Afrique »).

En droit international la coutume environnementale peut être universelle ou simplement régionale. La liste des États soumis à la coutume et pareillement l'universalité de celle-ci est toujours sujette à de grandes discussions.



#### B - Panorama actuel

La coutume est une source fondamentale du droit international. Sa place traditionnelle a été réaffirmée par le statut de la Cour internationale de justice annexée à la Charte des Nations unies (l'article 38 § 1 dispose que la Cour peut appliquer, dans le règlement des différends, « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit »).

En droit de l'environnement, les traités sont souvent une simple codification des coutumes internationales. Ils peuvent aussi modifier les coutumes et parallèlement les coutumes peuvent également modifier les traités. Ces coutumes sont dites « sages »

De ce fait, naissent des coutumes « sauvages », que les pays en voie de développement utilisent pour faire face à leurs besoins les plus urgents, allant ainsi contre la volonté des grandes puissances qui sont à l'origine de la grande majorité des normes coutumières.

Le droit international a d'abord posé la question de l'eau par le biais de la réglementation de la navigation sur les fleuves (1868) La première convention internationale sur le sujet a principalement consisté en une codification des coutumes en la matière.

Bien d'autres suivront, et chacune d'entre elles sont issues de pratiques coutumières en particulier dans le domaine du droit de la mer : (1982 : Convention de Montégo Bay : codification du droit de la mer ; 1997 : Convention relative aux utilisations des cours d'eau autres que la navigation.)

### Numéro 2 - mars 2013

Actuellement, le droit coutumier et la gestion des ressources naturelles constituent deux thèmes de discussion et de conflit qui ont un impact sur le processus de modernisation et de développement dans de nombreuses régions du monde. Ces deux aspects entrent en ligne de compte dans une problématique concrète comme la relation à l'eau des différentes populations. Ces relations sont fréquemment fondées sur des coutumes respectées, de sorte que l'utilisation de l'eau se trouve régulée.

L'exemple du droit de l'eau au Chili permet d'illustrer ce phénomène.

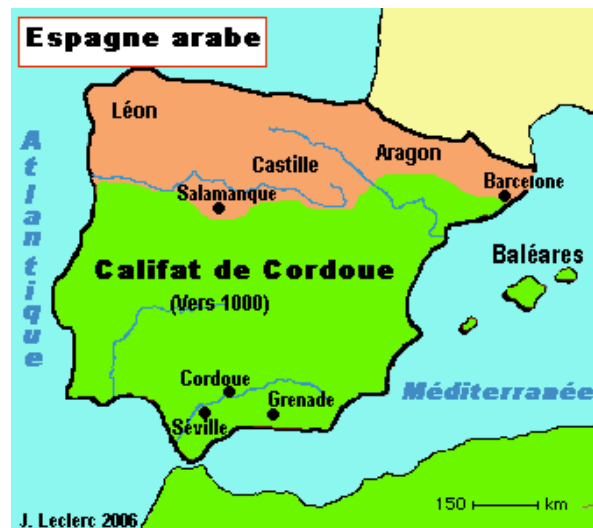
Au Chili, la lutte pour les droits à l'eau a commencé il y a plusieurs années. Dans cette zone, chaque communauté a sollicité que lui soit accordé le droit de gérer elle-même l'eau. Les communautés concernées comprennent cette autonomie comme relation entre la montagne et la plaine, qui conditionne les modes de l'utilisation de l'eau à tous les niveaux. Ainsi, pour la communauté Atacameña, l'eau est-elle fondamentale, à la base de l'économie. L'irrigation est pratiquée depuis toujours, accompagnée du développement d'un système d'ingénierie hydraulique destiné à mieux utiliser la ressource en eau. La technique provient de la conception et des travaux réalisés dans ce domaine par les Incas.

San Pedro de Atacama est une zone confrontée à des stress hydriques importants. Les Mapuches mettent en relation l'eau avec les ancêtres, la nature et les esprits, car ils ont un respect quasi sacré pour l'environnement. Elle est la base de leur économie. Le contrôle de l'eau, sa gestion et sa distribution reflètent la structuration du pouvoir, et constituent la base structurante de l'organisation politique andine. San Pedro de Atacama est situé dans une zone ouverte, mais la chaleur y est très intense. Les habitants y cultivent en terrasses. Leurs champs se trouvent au sommet des montagnes et des collines. Ils doivent trouver les moyens de faire en sorte que l'eau y irrigue leurs plantations. La communauté est bien organisée dans le domaine de l'administration de l'eau. Un « Maire de l'eau » est élu à tour de rôle, qui se charge de veiller à son utilisation, sa gestion et sa distribution. (Patricia Albornoz – Guzman « Los indígenas y el derecho al agua en Chile », Revista de derecho administrativo economico de recursos naturales – 2001 Vol. 3, Universita catholica de Chile.).

Pour les Aymará, les droits de chaque membre de la communauté s'agissant de l'eau sont déterminés socialement en fonction des règles coutumières.

Vers 960, le Calife de Cordoue créé une instance capable d'organiser et de réglementer la distribution de l'eau. Mille ans plus tard, la ville de Valence (Espagne) entretient cette tradition et un tribunal des eaux veille encore au respect des intérêts des agriculteurs de la région. Tous les jeudis matins des juges, élus parmi les exploitants agricoles, se réunissent sur le parvis de la cathédrale pour arbitrer les litiges qui ont pu survenir dans la semaine entre agriculteurs au sujet de la répartition des eaux de la rivière Turia. La « pax agricola » est ainsi maintenue et respectée depuis des siècles. Le rôle de ces sages qui discutent sans dossiers, sans code et dont les arbitrages sont sans appels, n'est en rien figuratif : en effet, dans la plaine fertile de Valence, l'agriculture repose sur l'irrigation.

Tout le système d'arbitrage obéit ainsi à un subtil équilibre entre les usages traditionnels (ces juges sont dépositaires d'une mémoire collective orale très précieuse) et l'adaptation aux besoins suscités par des aléas majeurs comme les sécheresses. (« Le tribunal de l'eau de valence : une institution millénaire. » - Patrimoine de l'UNESCO, 2010, <http://portal.unesco/fr/ev.php>).



Ce modèle de « compromis institutionnalisé » est une source de réflexion pour de nombreux acteurs de la gestion de l'eau, et représente peut-être un idéal vers lequel il s'agirait de tendre pour envisager la création d'un Tribunal Mondial de l'Eau qui pourrait par exemple être rattaché à la Cour Internationale de Justice devant laquelle sont actuellement portées les plaintes relatives aux partages de cours d'eau ou de ressources hydriques.

## II - En droit interne

Il peut être distingué deux types de situations. En premier lieu des dispositions juridiques faisant référence expresse à des coutumes et, en second lieu, des coutumes directement codifiées.

### A - Des références expresses à des coutumes

#### 1) Sous l'Ancien Régime

Les coutumes du premier âge féodal intéressent essentiellement les rivières. Elles sont sous le contrôle des comtes ou de leur lieutenant, comme les chemins. Le pouvoir comtal n'est pas absolu. Des transactions peuvent porter sur les eaux courantes (Champonnières « De la propriété des eaux

courantes », Paris ,1846). Ainsi, le souverain gardait-il le contrôle d'un bien commun et les particuliers en gardaient l'usage.

Toujours dans le domaine de l'eau, les coutumes vont souvent s'inscrire dans un contexte de réaction au pouvoir royal. Par exemple, les communautés d'habitants ont pu conserver certains droits sur la rivière (J.L. Gazzaniga, J.P Orliac, X. Larrouy – Castera : « L'eau : usages et gestion », Litec ed. 1998, p. 83): Les paysans ont également pu obtenir une franchise et la liberté de creuser un puits, des moulins leur ont été concédés, des droits de pêche leur ont été reconnus. Ces techniques ne sont pas rappeler le principe de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 02 janvier 1992 sur l'eau (Art. L. 210-1 du code de l'env.) : «...L'usage de l'eau appartient à tous dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis ».

Les droits fondés en titre et sur titre sont une expression du caractère libéral des coutumes de l'époque. Certaines d'entre elles apparaissent singulièrement novatrices .Ainsi en est-il des mesures prévues par l'article 206 de la coutume de Normandie selon lesquelles « Le seigneur peut détourner l'eau courante dans sa terre, pourvu que les deux rives soient assises en son fief et qu'au sortir d'ici il les remette en leur cours ordinaire et que tout se fasse sans dommage d'autrui. »(C.E. 29 novembre 1851, ROUYER, recueil Lebon, p. 713.) C'est la loi du 08 avril 1898 qui consacrera une reconnaissance juridique définitive aux droits fondés en titre en son article 14 (Art. L.215-10 du code de l'env.)

De nombreux éléments coutumiers concernent aussi les servitudes qui restent profondément marquées par le droit romain. Ainsi, les eaux de pluie et les eaux de source appartiennent-elles au maître du fonds. L'article 170 de la coutume d'Orléans précise en ce sens « Chacun peut de son autorité privée faire des étangs sur ses héritages, pourvu qu'il ne l'entreprenne point sur le chemin public, ni sur les droits d'autrui. »

Sous l'Ancien Régime, le roi est le gardien des coutumes. Tout en conservant les bonnes coutumes, il s'est efforcé, dès le règne de Saint-Louis, de combattre « les mauvaises » coutumes. En effet, les bonnes coutumes sont raisonnables et conformes au bien commun, le roi ayant interdiction de les modifier.

Ces coutumes ont atténué la portée du principe qui faisait du seigneur le maître de l'eau. Si bien que les communautés d'habitants ont conservé un droit sur la rivière et ont obtenu une franchise et des libertés : droit de creuser un puits, droits de pêche reconnus. Toutefois, les eaux de pluie, sources et stagnantes restent au maître du fond.

## 2) Epoque contemporaine

Si la coutume a depuis la Révolution une place beaucoup plus limitée en droit français, elle continue à jouer un rôle non négligeable dans le droit rural et maritime. Il est ainsi fréquent que la loi s'appuie sur la coutume comme par exemple l'article 645 du Code Civil relatif à l'usage des eaux en vigueur depuis le 10 février 1804 : « *S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété ; et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés* ».

Toutefois, en incorporant l'eau au patrimoine commun de la nation, la loi du 03 janvier 1992 a fait basculer la gestion des conflits d'usage vers un système de police administrative spéciale, dans le cadre d'une planification territoriale adaptée (les SDAGE et les SAGE).

Ainsi, par contraste avec l'ancien, le système actuel exclut-il bien souvent la normativité de règles

d'origine non étatique. Autrement dit, dans ce domaine, seul l'État peut créer du droit. Aussi la coutume ne peut théoriquement jouer un rôle que si la loi y fait référence. Contrairement à ce qui peut se pratiquer dans d'autres systèmes juridiques, des arguments fondés uniquement sur la coutume sont généralement irrecevables devant les tribunaux. (En ce sens, Conférence sur « les tribunaux locaux et le droit coutumier », Dar es Salaam, Septembre 1963, Revue internationale de droit comparé, vol.16, n°3, 1964, p. 611-617.)

#### **B - Des coutumes codifiées**

De nombreuses dispositions ont connu comme source initiale des coutumes ou des usages notamment en droit rural, et dans le domaine de l'eau.

##### **1) En droit rural**

Loi du 4 avril 1889 a codifié une série importante de coutumes, notamment pour ce qui concerne les ruches d'abeilles.

La Cour de Paris jugeait ainsi que « La distance à laisser entre les ruches et l'héritage du voisin n'est déterminé par aucune loi. Il faut suivre à cet égard l'usage des lieux s'il y en a. Mais celui qui place dans sa propriété une distance trop rapprochée d'une propriété voisine, des ruches d'abeilles qui par leur nombre peuvent devenir un danger par les personnes et une cause de dévastation pour les fruits et récoltes des voisins, peut être tenu de dommages et intérêts pour réparer le préjudice causé par son fait ».

Il en est de même en matière de glanage, râtelage ou grappillage. Le glanage était la faculté laissée aux pauvres de prendre les épis laissés après la moisson, le râtelage était le même droit laissé aux pauvres de ramasser avec le râteau les foins qui restent après l'enlèvement de la récolte. Dans tous les cantons du département du puy de dôme le glanage et le râtelage était toléré après le lever et avant le coucher du soleil et après l'enlèvement des récoltes. Ces pratiques coutumières ont été aménagées ou supprimées par la loi du 21 juin 1898 sur le code rural (Art. 75.)

Enfin, les règles régissant les animaux peuvent être évoquées.

« Lorsqu'on a vendu comme étant pleine, une vache, une jument, une ânesse ou une truie, et qu'il est reconnu plus tard qu'elle ne l'est pas, l'indemnité due par le vendeur est déterminée selon les usages locaux ». Ainsi elle était, dans le canton de Clermont : de 50 francs pour une vache, 100 francs pour une jument et, à Ambert de 30 francs pour une ânesse ou une truie.

De même, le gibier est par principe *res nullius* jusqu'à son appropriation. Ce principe, s'il est inspiré du droit romain, résulte d'une simple coutume sans correspondance dans les textes légaux et réglementaires. Elle ne rencontre pas d'opposition franche en jurisprudence ni même en doctrine. (Réponse ministérielle n° 18792 ,19 avril 1984 : JO débats, Sénat, 30 mai 1985, p. 1009.)

##### **2) Dans le domaine de l'eau**

Il s'agit probablement du domaine le plus révélateur de l'existence de sources coutumières du droit de l'environnement.

L'histoire de la législation sur la pêche en offre une illustration très spectaculaire.

- L'ordonnance générale de Saint Louis – 1270 : (Art. 127 relatif à la pêche en eau courante

### Numéro 2 - mars 2013

- Ordonnance sur la police de la pêche – 1292
- Ordonnance sur l’administration des forêts royales, droits d’usage, étangs et juridictions des officiers – 2 juin 1319.
- Edit pour le dessèchement des marais, Février 1554
- Edit pour la vente des moulins, marais, bacs, étangs, pêche dépendant du domaine de la couronne – 14 décembre 1654.
- etc...

Aujourd’hui, parmi les servitudes, celles relatives à l’écoulement des eaux et du déversement du trop-plein des plans d’eau restent largement fondées sur des us et coutumes. (CA Nîmes ,29 juin 2000, Juris – Data n° 2000-134067). Certains plans d’eau font l’objet de régimes particuliers, c’est le cas des étangs des Dombes et de la Brenne. La propriété y est partagée entre les riverains : les uns disposent de l’*évolage*, c’est à dire la jouissance remplie d’eau, et les autres de l’*assec*, c’est à dire la jouissance de l’étang vide. (Ch. Auclair, Evolution des structures agraires en Brenne, Thèse Poitiers – 1974.)

De même, le régime juridique des eaux susceptibles de s’écouler par ruissellement d’un héritage sur un autre a des origines coutumières bien connues. (Duplessis, *Traité sur la coutume de Paris*, 3<sup>e</sup> éd. 1709, p.128.) Ainsi la coutume de Paris contenait-elle de nombreuses dispositions relatives aux fossés communs et mitoyens (Art. 113), et aux cloaques (Art. 117).

On évoquera enfin les ruisseaux et biefs. Les propriétaires des eaux courantes, (non navigables) en disposent à leur passage, dans la proportion des surfaces qu’ils possèdent, et d’après les règlements administratifs, des usages écrits ou traditionnels qui sont respectés dans les cantons. Il existait notamment certains usages écrits dans les cantons de Clermont, Riom, Ambert et Issoire. Ainsi la Charte du 25 mars 1605 réglait les questions relatives à la distribution des eaux servant à l’irrigation. Pour la commune d’Issoire (Puy de dôme), « La construction et l’entretien de la digue principale sont pour 125/144 à la charge de la ville et pour 119/144 à la charge des usiniers. » C’est la grande loi du 8 avril 1898, sur le régime des eaux, qui procédera à la codification de nombre de ces coutumes en particulier celles qui avaient été consacrées par la jurisprudence. Par exemples, en matières d’eau pluviales, de source, de police et de conservation des eaux, de rivières flottables à buches perdues etc... (Cass., 18 juillet 1861 ; CE, 23 déc. 1854 ; Cass. 03 Aout 1863)

En définitive, pour moderne qu’il soit le droit de l’environnement s’inspire de nombreuses pratiques anciennes voire ancestrales qui confirment, s’il en était besoin, que ce droit n’est pas que celui de l’organisation du cadre de vie. Il est aussi celui hérité d’un sens profond, identifiant. Au fond si le saumon de l’allier est sauvé par le droit (ce qui est loin d’être acquis) c’est parce que le sens de l’humain l’impose.

### L'USAGE EN DROIT DU TRAVAIL.

*Allison FIORENTINO,*

*Maître de conférences de droit privé*

#### Introduction

#### I - L'existence de l'usage

##### A - Naissance de l'usage

##### 1) L'élément matériel : constance, généralité et fixité

a) Constance

b) Fixité

c) La généralité

##### 2) L'élément psychologique : indispensable critère ou vain débat doctrinal ?

a) L'élément psychologique dans l'usage d'entreprise : une doctrine abondante

b) La constatation en pratique de l'élément psychologique : une tâche délicate

c) L'élément intentionnel et le transfert d'entreprise : vers la transformation d'un usage conventionnel en usage juridique ?

##### B - La disparition de l'usage

1) La suppression de l'usage par une convention collective

2) La dénonciation de l'usage d'entreprise

#### II - La place de l'usage en droit du travail

##### A - Exemples d'utilisation de l'usage en droit du travail

##### 1) Les usages professionnels

a) Les usages évincés

α) L'essai

β) L'indemnité de licenciement

b) Les usages persistants

α) Les usages professionnels visés par le Code du travail : l'exemple du préavis

β) Les usages professionnels extérieurs au Code du travail

##### 2) Les usages d'entreprise

a) L'usage : source d'avantages et règle supplétive

α) Usages d'entreprise et temps de travail

β) Usages d'entreprise et rémunération

γ) Usages d'entreprise et représentation du personnel

### b) Les usages interdits

- α) Usages d’entreprise et mécanismes défavorables aux salariés
- β) Usages d’entreprise implicitement exclus par le Code du travail

### B - Les rapports de l’usage avec les autres sources

#### 1) L’usage : réellement supplétif de volonté ou nécessairement favorable au salarié ?

#### 2) L’usage : un élément non-contractualisé de la relation de travail

« Si l’on manque de loi, il faut consulter l’usage ou l’équité »

(Portalis<sup>125</sup>)

1- Dès 1974, M. Miquel se posait la question de la pertinence de la coutume en droit du travail, matière très évolutive. Mais ainsi qu’il l’a brillamment démontré dans sa thèse<sup>126</sup> le droit coutumier est une source juridique d’une importance respectable dans les relations de travail, quoique marginalisée par les dispositions légales, la négociation collective et une jurisprudence pléthorique. Ceci était vrai il y a plus de 30 ans et cela demeure exact aujourd’hui encore.

Il convient néanmoins de préciser d’emblée que la notion de coutume est très peu utilisée en droit du travail, même si quelques travaux y font parfois référence<sup>127</sup>. C’est la terminologie « d’usage » qui s’est imposée en droit du travail, aussi bien en doctrine qu’en jurisprudence. Si le juge social utilise encore les mots « coutume<sup>128</sup> » ou « us et coutumes<sup>129</sup> », il semble que ce soit simplement en tant que synonymes « d’usage ».

2- Cette différence est-elle vide de sens ? En droit privé le débat sur cette distinction a principalement été alimenté en droit commercial<sup>130</sup>. Le Doyen GENY a été l’un des premiers à tenter

<sup>125</sup> Discours préliminaire prononcé le 24 thermidor An VIII, lors de la présentation du projet de Code civil in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome 1, Paris, 1836, p. 474. Ouvrage disponible sur le site de la bibliothèque numérique GALLICA.

<sup>126</sup> M. MIQUEL, *L’usage en droit du travail*, th. dactyl., 1974, Toulouse, 290 p. Il faut également citer à ce titre la thèse de B. BERTIN, *L’usage face au droit étatique dans les relations du travail*, ANRT, 2001, 486 p.

<sup>127</sup> C. MOREL, « Le droit coutumier social dans l’entreprise », *Dr. soc.* 1979, p. 279 et suiv. ; G. VAUTRIN, *L’usage en droit du travail et ses rapports avec la coutume au sens du droit civil*, Mémoire DEA, dactyl, Aix-en-provence, 1995, dir de D. BERRA, 93 p. De même le Professeur OPPETIT a écrit « L’entreprise serait régie, indépendamment des règles résultant de la législation du travail, des conventions collectives et du règlement intérieur, par une véritable coutume sociale », *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 51.

<sup>128</sup> Cass. soc. 19 nov. 1992, inédit, n° 91-45097.

<sup>129</sup> Cass. soc. 28 mai 2003, inédit, n° 01-42503.

<sup>130</sup> J. ESCARRA, « De la valeur juridique de l’usage en droit commercial », *Ann. Dr. Commercial* 1910, p. 39 et suiv. ; F. GENY, *Méthode d’interprétation et sources en droit positif*, Tome 1, 2<sup>ème</sup> éd. 1919, n° 110 et suiv. ; A. KASSIS, *L’autonomie de l’arbitrage commercial international: le droit français en question*, Editions L’Harmattan, 2006, pp. 393-402 ; M. PEDAMON, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *RTD com.* 1959, p. 335 et suiv. ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Tome 1, LGDJ, 7<sup>ème</sup> éd., 1972, n°47-52.

une distinction entre différentes catégories d'usages<sup>131</sup>. Les usages conventionnels, c'est-à-dire les pratiques locales tacitement acceptées par les parties, n'auraient qu'une valeur contractuelle et les usages de droit, c'est-à-dire doués de *l'opinio necessitatis*, se rapprocheraient de la coutume juridique. C'est donc un élément psychologique, cette conscience qu'ont les personnes qui respectent l'usage de se soumettre à une véritable norme juridique, qui permettrait d'établir une césure. Cette opinion fut en partie reprise par M. LEBRUN dans sa thèse de 1932<sup>132</sup>. Elle donna lieu néanmoins à des critiques, les professeurs GHESTIN et GOUBEAUX ont même souligné que « *L'incertitude du critère permettant de distinguer aujourd'hui la coutume des usages, et le doute que l'on peut avoir quant à l'autonomie réelle de la plupart des règles tenues pour coutumières, rendent assez illusoire toute distinction tranchée de la coutume et des usages* »<sup>133</sup>.

3- La doctrine ne fut pas insensible à ces débats lorsqu'elle s'empara de la question de la définition de l'usage en droit du travail. Le Professeur VACHET souligna pour sa part : « *que l'usage soit conventionnel ou juridique, l'élément intentionnel existe toujours même s'il est différent*<sup>134</sup> ». Il opposa les usages d'entreprises, pratiques généralisées dans une entreprise déterminée, aux usages professionnels, pratiques suivies dans un secteur professionnel et géographique. Dans la première situation, l'élément psychologique n'est pas de *l'opinio necessitatis* car l'employeur qui a mis en place une pratique dans une entreprise ne peut se sentir contraint de la respecter. L'élément intentionnel résiderait dans la volonté des parties. En revanche dans l'usage professionnel, *l'opinio necessitatis* est indiscutable dans la mesure où l'employeur sait qu'il devra se soumettre à une pratique créée sans aucune contribution de sa part. Pour autant le Professeur VACHET refuse de cristalliser cette distinction entre usage d'entreprise et usage professionnel. Son analyse de l'élément psychologique le conduirait à assimiler l'usage d'entreprise à un usage conventionnel, et l'usage professionnel à un usage juridique. Cependant, ainsi qu'il le souligne, l'usage d'entreprise peut devenir un usage de droit dans la mesure où la Cour de cassation a admis que dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise, le nouvel employeur était tenu de respecter l'usage mis en place par son prédécesseur<sup>135</sup>.

4- Ce débat sur la distinction entre l'usage conventionnel et l'usage de droit remplaça progressivement la dichotomie usage et coutume, de sorte qu'une partie de la doctrine en droit du travail ne fait pas de distinction entre la coutume et l'usage<sup>136</sup>. En revanche nombre d'auteurs ont opposé l'usage professionnel à l'usage d'entreprise, ce dernier ayant un champ d'application très restreint et une valeur normative sujette à caution<sup>137</sup>. C'est pourtant cette catégorie d'usage qui est

<sup>131</sup> F. GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit positif, op. cit.

<sup>132</sup> A. LEBRUN, La coutume. Ses sources, son autorité en droit privé, Paris, 1932.

<sup>133</sup> J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, LGDJ, 1982, n°487. Pour un plus ample exposé du débat doctrinal voir B. BERTIN, *L'usage face au droit étatique dans les relations du travail*, op. cit., p. 30 et suiv.

<sup>134</sup> G. VACHER, « L'usage d'entreprise est-il un véritable usage ? » *JCP CI* 1984, II, 14328, spéc. p. 503.

<sup>135</sup> Sur le transfert de l'usage voir n° 38 et suiv.

<sup>136</sup> N. ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, LGDJ, 1980, p. 245 et suiv ; A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, Sirey, 1958, p. 79 ; M. Miquel, op. cit, p. 175 et suiv.

<sup>137</sup> P. OLLIER, « L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources du droit dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1982, p. 683 ; J. SAVATIER, « La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise », *Dr. soc.* 1986, p. 890 ; H. THUILLIER, « L'usage en droit du travail », *JCP CI* 1975, II, 11619 ; G. VACHER, « L'usage d'entreprise est-il un véritable usage ? », op. cit.

au cœur, ces dernières années, d'un abondant contentieux<sup>138</sup>. Eloignée des débats doctrinaux, la notion d'usage, et plus spécifiquement d'usage d'entreprise, attire l'attention du juriste en raison de la multiplicité des décisions au fil desquelles un régime juridique original a été élaboré. Depuis sa naissance jusqu'à sa disparition, cette source du droit du travail aux contours flous a été dotée d'un statut particulier. Le juge a patiemment construit cet édifice prétorien, relativement stable à présent.

5- La terminologie d'usage désigne donc deux catégories de pratiques dont la nature et les origines sont différentes. L'usage professionnel, comparable à une coutume, et l'usage d'entreprise, fruit d'une création prétorienne qui a adapté à l'entreprise, pour mieux la dénaturer, la véritable notion d'usage. En 1991 le Professeur VERICEL résumait la situation ces termes « *En définitive, on a sans doute eu tort de vouloir rattacher la notion prétorienne d'usage d'entreprise à une catégorie déjà existante, elle se présente plutôt comme une catégorie sui generis*<sup>139</sup> ». Néanmoins, et de manière plus pragmatique, il ne faut pas écarter l'usage d'entreprise en prétextant de son origine moins « noble ». Il est devenu une authentique source du droit du travail et il est à l'origine d'avantages non négligeables au profit des salariés. En outre il peut être rangé parmi les sources spécifiques du droit travail, créées de toutes pièces par le juge qui s'est parfois appuyé sur certaines notions civilistes pour « découvrir » des normes. C'est ainsi que le juge social reconnaît l'existence de l'engagement unilatéral en droit du travail alors qu'en droit civil cette notion a été contestée et, aujourd'hui encore, les auteurs admettent la théorie de l'engagement unilatéral, non sans y apporter certaines restrictions<sup>140</sup>. Plus étrange encore, il existe en droit du travail des accords atypiques, c'est-à-dire des accords de volontés issus d'une négociation entre un employeur et des salariés, des représentants de salariés ou des délégués syndicaux mais qui ne respectent pas les conditions légales relatives à la conclusion de véritables accords collectifs. Privés des effets juridiques attachés aux accords collectifs, ces accords atypiques n'en sont pas moins obligatoires pour l'employeur<sup>141</sup>.

6- L'usage en droit du travail, tel qu'il est conçu aujourd'hui, a gagné ses lettres de noblesse grâce à la jurisprudence qui, de sa naissance à sa disparition, a contribué à mieux cerner cette notion (I). Les conditions de sa création et les circonstances de sa disparition ne sont pas les uniques questions pertinentes. Encore faut-il répondre à celle de la place de l'usage en droit du travail en analysant des exemples concrets de son application, et les rapports de l'usage avec les autres sources du droit du travail (II).

#### I - L'existence de l'usage

7- L'existence s'entend des conditions de la naissance de l'usage (A), puis les circonstances de sa disparition (B).

#### A - Naissance de l'usage

8- La naissance de l'usage, qu'il soit professionnel ou d'entreprise, résulte nécessairement d'une

<sup>138</sup> Certains auteurs soulignent que cela témoigne moins de leur importance intrinsèque que des nombreuses tentatives de suppression des usages par l'employeur. J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAUMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 24<sup>ème</sup> éd., 2008, n°78, p. 123.

<sup>139</sup> M. VERICEL, « Sur le pouvoir normateur de l'employeur », *Dr. soc.* 1991, n°2, p. 120.

<sup>140</sup> V. not. J. L. AUBERT, *Engagement par volonté unilatérale*, *Rep. civ. Dalloz*, n° 28 à 32. Sur l'engagement unilatéral en droit du travail V. E. DOCKÈS, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.* 1994, p. 227 et suiv.,

<sup>141</sup> G. VACHET, « Les accords atypiques », *Dr. soc.* 1990, p. 624 et suiv.

pratique dont la reconnaissance judiciaire, à l’occasion d’un litige, lui assurera une forme de consécration. En d’autres termes la question de l’existence de l’usage recoupe celle de sa preuve. Quels éléments convaincront le juge de l’existence d’un usage ? Professionnels ou non, les usages sont constitués de deux éléments : l’un matériel (1) et l’autre psychologique (2).

#### 1) L’élément matériel : constance, fixité et généralité

9- La qualification d’usage ne peut être reconnue à toute pratique. Il faut pour cela qu’elle revête trois caractéristiques : constance (a), fixité (b) et généralité (c). Ces critères cumulatifs doivent néanmoins être tempérés suivant la catégorie d’usage visée.

##### a) Constance

10- L’observation d’une pratique durant un certain temps satisfait le premier critère, celui de la constance. L’élément temporel est par conséquent indispensable. Il s’avère néanmoins difficile de cerner précisément cette notion. Combien de mois ou d’années sont nécessaires afin de transformer cette pratique en règle ? La jurisprudence n’a jamais fixé de durée minimale, en la matière tout est question d’espèce. S’il refuse la qualification d’usage à une prime mensuelle versée pendant trois mois<sup>142</sup>, le juge admet en revanche que le versement d’une prime durant trois ans satisfait à l’exigence de constance<sup>143</sup>. L’élément purement temporel ne doit pas être seul pris en compte, encore faut-il que la pratique se soit répétée de manière régulière. Dans l’hypothèse où l’employeur accorde un avantage à plusieurs reprises, le supprime puis le donne à nouveau, cette interruption est un obstacle à la constance de l’usage. Il n’en va autrement que si la pratique était déjà constitutive d’un usage avant la suppression.

La durée totale durant laquelle la pratique a été respectée présente autant d’intérêt que le nombre de répétitions de la pratique dans le temps. Ainsi la Chambre sociale, en 2009, a confirmé l’arrêt d’appel qui a retenu qu’une prime annuelle versée pendant trois ans présentait le caractère de constance<sup>144</sup>.

11- Il en résulte que l’usage, professionnel ou d’entreprise, ne peut être créé de manière instantanée. Une exception pourrait néanmoins être soulignée en matière d’usage professionnel. Se prononçant sur le cas particulier des recommandations patronales<sup>145</sup>, le professeur PELISSIER a soutenu l’idée que « *l’usage existerait et aurait force obligatoire alors même qu’il n’y aurait pas une répétition prolongée d’une même pratique* <sup>146</sup> ». La Cour de cassation s’est en effet appuyée sur la qualification d’usage pour rendre obligatoire la recommandation aux adhérents du groupement qui en était l’auteur, lorsque celle-ci est rédigée en des termes impératifs et dépourvus d’ambiguïté<sup>147</sup>. Cet exemple ne trouve pas d’écho en matière d’usage d’entreprise. Il faut cependant souligner que le juge peut en la matière recourir à une notion voisine : celle de l’engagement unilatéral, c’est-à-dire la décision unilatérale de l’employeur, souvent matérialisée par un écrit, d’accorder certains avantages à ses salariés. L’écrit dans cette situation permet de pallier l’absence de constance et l’employeur

<sup>142</sup> Cass. soc. 20 oct. 1994, inédit, n° 93-42800.

<sup>143</sup> Cass. soc. 20 juin 1984, n° 81-42917, *Bull. Civ. V*, n° 257.

<sup>144</sup> Cass. soc. 3 juin 2009, inédit, n° 08-41579; 08-41580; 08-41581; 08-41582; 08-41583; 08-41584; 08-41585.

<sup>145</sup> Déclarations émanant des groupements d’employeurs à l’issue de l’échec d’une négociation collective et invitant leurs adhérents à agir d’une certaine manière, par exemple en les incitant à tous pratiquer un certain barème salarial.

<sup>146</sup> J. PELISSIER, note sous Cass. soc. 4 mars 1981, *D.* 1982, IR 82.

<sup>147</sup> Cass. soc. 20 fév. 1991, n° 87-41022, *Bull. Civ. V*, n° 90.

sera lié par son engagement. Il est vrai cependant que l'engagement unilatéral est d'une nature bien différente de celle de l'usage. Ce n'est plus la pratique qui génère le droit mais une volonté expresse qui ne nécessite plus une répétition dans le temps.

12- Il n'en demeure pas moins que le cas particulier de la recommandation patronale laisse subsister un malaise parmi les juristes troublés par les incertitudes quant à la qualification juridique d'un acte. Comment une unique déclaration pourrait-elle être rangée dans la catégorie des usages dont la force repose sur l'écoulement du temps ? Consciente de cette ambiguïté la Chambre sociale a proposé une solution dans trois arrêts du 29 juin 1999<sup>148</sup>. Elle a érigé la recommandation patronale au rang de règle impérative au moyen d'un visa novateur : « *Vu le principe de l'effet obligatoire de la recommandation patronale*<sup>149</sup> ». Sans plus utiliser le fondement, peu adéquat, de l'usage, la Chambre sociale semble avoir créé une nouvelle catégorie de source du droit du travail. En effet dans les trois décisions précitées la Chambre sociale reconnaît un caractère normatif à la recommandation patronale qui s'impose aux employeurs adhérents. Elle est donc distincte de l'usage, n'étant pas une pratique réitérée, et de l'engagement unilatéral car elle ne résulte pas de la volonté explicite d'un employeur.

#### b) Fixité

13- Les attendus de principe de la Chambre sociale présentent la fixité comme un critère autonome révélant l'existence de l'usage. Il faut en premier lieu préciser que la recherche de cette condition n'est effectuée par le juge qu'en présence d'un usage d'entreprise. En outre cette condition ne présente un réel intérêt que lorsque la pratique est constitutive du versement d'une somme d'argent. En effet si l'avantage accordé par l'employeur réside dans l'octroi d'une certaine durée de congé, le simple fait que cette durée varie implique l'absence de constance. Partant il n'y a pas d'usage. En revanche la jurisprudence considère que si l'avantage réside dans une gratification, le montant de celle-ci peut varier sans que l'existence de l'usage ne soit remise en cause. Le mode de calcul de cette gratification doit alors être identique ou, du moins, obéir à des règles prédéfinies et objectives. Il y a ainsi fixité lorsqu'une prime est calculée suivant des règles préétablies précises telles que l'absentéisme ou l'assiduité des salariés<sup>150</sup>.

14- Cette condition de fixité n'est pas, selon certains auteurs, réellement autonome. Le Professeur VACHET souligne que « *la condition de constance englobe celle de fixité : en effet, une gratification n'est constante que si elle est répétée sans interruption et si c'est la même pratique qui se répète*<sup>151</sup> ». De fait la fixité semble être le corollaire de la constance, et n'a été créée par le juge que pour pouvoir qualifier d'usage, une pratique répétée à l'identique mais dont les conséquences pécuniaires varient.

15- Néanmoins, comme le soulignait M. MIQUEL dès 1974, la jurisprudence distingue parfois ces deux critères au point de refuser la qualification d'usage lorsque la fixité fait défaut alors même que

<sup>148</sup> Cass. soc. 29 juin 1999, n° 97-45865, inédit ; 97-45877 à 97-45888, inédit ; 98-44348, *Bull. Civ. V*, n° 308 ; *Dr. soc.* 1999, p. 795, concl. J. DUPLAT.

<sup>149</sup> Visa figurant dans le seul arrêt n° 97-45877 à 97-45888. Dans les deux autres décisions la Chambre sociale constate simplement que « *Mais attendu que constitue une recommandation patronale une décision unilatérale d'un groupement ou d'un syndicat d'employeurs qui s'impose à tous ses adhérents* ».

<sup>150</sup> Cass. soc. 22 juill. 1986, n° 83-45888.

<sup>151</sup> G. VACHET, « L'usage d'entreprise est-il un véritable usage ? », *op. cit.*, spéc. p. 503.

le versement d'une prime s'est répété durant 5 années<sup>152</sup>. Cet auteur en venait même à conclure que le critère de la fixité prévalait sur celui de la constance de sorte que si le premier n'était pas établi, le second faisait nécessairement défaut, la jurisprudence ayant « *fait de la fixité la condition essentielle de la consécration de l'usage*<sup>153</sup> ».

16- L'analyse de la jurisprudence la plus récente met effectivement en lumière la distinction entre ces deux critères ; d'abord sur un plan formel puisque la Cour de cassation réitère dans ses attendus de principe l'exigence de la triple condition : constant, général et fixe. En outre elle refuse la qualification d'usage si l'un des éléments fait défaut. Cependant, et à l'inverse de la thèse soutenue par M. MIQUEL, il semble que l'importance accordée au critère de la fixité s'évanouit, se dissipe, tant la Cour de cassation a reconnu l'existence d'un usage d'entreprise en présence de gratifications dont le mode calcul est pour le moins obscur. La Chambre sociale a ainsi qualifié « d'usage » la prime dont le montant a été en progression constante pendant 15 ans, de manière sensiblement parallèle à celle des salaires et du coût de la vie<sup>154</sup>. De même la Cour de cassation a confirmé un arrêt d'appel qui a reconnu l'existence d'un usage au motif que : « *le salarié démontrait qu'une prime d'un montant croissant était allouée à l'ensemble des membres du comité de direction et que son versement avait été reconduit chaque année, de 1995 à 1999*<sup>155</sup> ». Le montant de cette gratification était donc différent et aucune indication n'a été donnée quant à ses modalités de calcul. Soulignons également que cette décision a été rendue alors même que l'employeur avait fait valoir dans l'un des moyens du pourvoi que le salarié n'avait pas établi le caractère de fixité dans le mode de calcul de la prime. En d'autres termes l'absence d'indication, dans la décision précitée, relative au caractère de fixité ne résulte pas d'une absence de contestation de l'employeur mais d'une volonté délibérée du juge de faire primer la régularité et la généralité du versement sur l'unicité du mode de calcul.

17- Cela n'implique pas pour autant que le critère de la fixité ait disparu. Le juge social est néanmoins enclin à le reconnaître assez aisément dès lors qu'il constate un lien, même flou, entre les variations d'une prime versée à échéance régulière. Si la charge de la preuve de l'usage pèse sur le salarié, la jurisprudence semble facilement convaincue de l'existence de cette condition dès lors qu'elle n'a pas acquis la conviction que le versement de la gratification était purement discrétionnaire.

#### c) La généralité

18- La généralité n'a pas le même sens suivant que l'on considère l'usage professionnel ou l'usage d'entreprise. Dans la première situation plusieurs employeurs d'un même secteur professionnel ou géographique appliquent une règle. Leur respect constant de cette pratique la rendra obligatoire. L'usage d'entreprise n'est pas une pratique collective. Pour autant la jurisprudence exige un élément de généralisation, non à l'ensemble d'une profession ou d'un secteur géographique, mais à une catégorie déterminée de salariés.

19- L'attribution discrétionnaire de tel ou tel avantage à certains salariés est un obstacle à la transformation d'une pratique en un usage d'entreprise. En revanche si l'employeur décide de l'attribuer à une collectivité de salariés, il rationalise cette pratique. Subordonnée au respect de

<sup>152</sup> M. MIQUEL, *L'usage en droit du travail*, op. cit. p. 25.

<sup>153</sup> *Ibid*, p. 26.

<sup>154</sup> Cass. soc. 16 mars 1989, n° 87-41105, *Bull. civ. V*, n° 224.

<sup>155</sup> Cass. soc. 6 mars 2007, inédit, n° 05-41342.

certaines exigences, elle se détache du pouvoir discrétionnaire de l'employeur pour devenir comparable à une norme. C'est la raison pour laquelle le juge doit vérifier que son champ d'application est défini de manière objective. La généralité de l'usage n'implique donc pas nécessairement que l'employeur l'applique à tous les salariés de l'entreprise. Il peut, par exemple, ne verser une prime qu'aux salariés qui effectuent des déplacements professionnels<sup>156</sup>.

20- Cet élément comme les précédents a été l'objet de critiques. D'abord le juge social a parfois admis que le comité d'entreprise en tant que tel peut bénéficier d'un usage. L'arrêt du 21 novembre 1989<sup>157</sup> est déjà ancien mais n'a jamais été remis en question. Or dans les faits d'espèce il ne s'agissait pas d'un avantage réservé aux salariés élus du comité d'entreprise mais bien d'une pratique instituée au bénéfice de cette unique personne morale. Cette décision a conduit le Professeur DOCKÈS à considérer que le critère de la « *généralité a une signification tronquée*<sup>158</sup> »

21- En outre le critère de généralité n'est pas toujours aisé à vérifier en pratique. Lorsque l'usage réside dans le versement d'une prime, le juge peut facilement vérifier que celle-ci est versée à une catégorie déterminée de salariés. Il en va de même lorsque l'avantage en question est constitué par l'octroi de jours supplémentaires de repos. Mais qu'en est-il de la généralité lorsque la pratique en question est l'augmentation du nombre de membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions du travail ? Cette possibilité, expressément prévue à l'article L. 4611-7 du Code du travail, permet de modifier les règles légales relatives à la composition de ce comité par accord collectif ou usage. Néanmoins elle ne répond pas à la question suivante : quelle catégorie de salariés est bénéficiaire de l'usage lorsque ce dernier réside dans l'aménagement des dispositions légales relatives à la composition du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions du travail ? Il pourrait être répondu que c'est l'ensemble de la collectivité des salariés mais cela mériterait une confirmation jurisprudentielle.

22- En second lieu certains auteurs ont critiqué la généralité en tant que condition d'existence de l'usage. L'octroi régulier du même avantage à une personne pourrait engager l'employeur de la même manière que s'il l'accordait à une catégorie définie de salariés<sup>159</sup>. Il nous semble cependant que cette condition de généralité, aussi critiquée qu'elle puisse l'être, doit demeurer une condition d'existence de l'usage. C'est elle qui permet de distinguer les mesures individuelles des actes collectifs et partant elle contribue à transformer une faveur qui peut être discrétionnairement supprimée en une pratique à caractère normatif.

#### **2) L'élément psychologique : indispensable critère ou vain débat doctrinal ?**

23- Outre les trois critères de constance, de généralité et de fixité nécessaires à la constitution d'un usage, la doctrine majoritaire ajoute un élément psychologique. Si les auteurs semblent (majoritairement) s'accorder sur cette exigence même pour un usage d'entreprise (a), il n'est pas toujours aisé de le caractériser en pratique (b). Cet élément ne peut être occulté tant les conséquences de son absence sont importantes : s'il y a élément psychologique, l'usage est caractérisé et l'employeur doit le respecter sauf à le dénoncer ou à le supprimer par une convention

<sup>156</sup> Cass. soc. 30 mai 2000, inédit, n° 98-40697.

<sup>157</sup> Cass. soc., 21 nov. 1989, inédit, n° 89-13699.

<sup>158</sup> E. DOCKÈS, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *op. cit.*, spéc. p. 232.

<sup>159</sup> J. Guillemot, « Les avantages acquis en droit du travail », *Dr. ouvr.* 1978, p. 369.

collective ultérieure. En revanche si cet élément n'est pas caractérisé, la pratique n'engage pas l'employeur pour l'avenir.

Son importance en pratique varie suivant que la jurisprudence l'admet facilement ou non. Il en résulte que même si en théorie cet élément demeure, concrètement son existence est difficile à établir, notamment dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise (c).

#### a) L'élément psychologique dans l'usage d'entreprise : une doctrine abondante

24- Si la doctrine considère unanimement que l'élément matériel doit être constaté dans toutes les situations, il existe, en revanche, un clivage entre ceux qui y ajoutent un élément psychologique et ceux qui rejettent cet élément supplémentaire. Cet élément, l'*opinio necessitatis*, est la conviction de l'ensemble des intéressés, lorsqu'ils se conforment à un usage, qu'ils respectent une règle impérative. Cet état psychologique serait indispensable pour conférer à la pratique suivie un réel aspect normatif. En matière d'usage professionnel cet *opinio necessitatis* peut être aisément constatée car les employeurs se conforment à une pratique sans avoir contribué à sa formation. Sur ce point-là, il ne semble pas y avoir de discussion.

25- En revanche la doctrine est partagée à propos de l'existence de cet élément psychologique en matière d'usage d'entreprise. Comment un employeur pourrait-il se sentir contraint par une pratique dont l'origine se trouve dans l'une de ses actions? Quelque peu gênés par l'application de cet élément intentionnel à l'usage d'entreprise, certains auteurs ont contourné le problème en considérant qu'il n'était pas nécessaire pour la constitution d'un usage d'entreprise. M. MIQUEL d'une part a souligné que l'*opinio necessitatis* était sous-entendue dans les décisions qui avaient admis l'existence d'un usage dès lors que l'élément matériel était constaté<sup>160</sup>. D'autre part, et de manière plus radicale, il considère que l'absence de l'élément psychologique lui-même n'est pas un obstacle à la constitution d'un usage<sup>161</sup>. Quelques arrêts des années 1960 semblent, en effet, avoir admis l'existence d'un usage d'entreprise en dépit de l'opposition manifestée par l'employeur à s'engager pour l'avenir. Néanmoins, ainsi qu'il l'a d'ailleurs lui-même constaté, la jurisprudence n'a jamais été parfaitement unanime sur cette question<sup>162</sup>. En outre certains arrêts qui ont admis l'existence de l'usage en dépit de l'opposition de l'employeur à cette qualification juridique démontrent plus le pragmatisme du juge que sa volonté d'écarter l'élément psychologique en tant qu'élément constitutif de l'usage. L'arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 1965<sup>163</sup> en est la preuve évidente. Un employeur avait régulièrement versé à tous ses salariés une prime de 13<sup>ème</sup> mois. L'arrêt mentionnait que cette pratique avait été réitérée durant « de nombreuses années » mais l'employeur exigeait que ses salariés signent un reçu dans lequel il était spécifié que la prime n'était qu'exceptionnelle. S'attachant plus à la réalité qu'aux reçus le juge a constaté que la prime était constitutive d'un usage et l'employeur ne pouvait plus la supprimer discrétionnairement. Les reçus témoignaient, certes, de la réticence de l'employeur mais le caractère exceptionnel, formellement mentionné dans les écrits, était en pratique démenti par la répétition sans interruption du versement de la prime. Le juge pouvait donc à bon droit déduire de l'attitude l'employeur une volonté de suivre

<sup>160</sup> M. MIQUEL, *L'usage en droit du travail*, op. cit., p. 29. A titre d'exemple Cass. soc. 9 avr. 1962, *Bull. civ. IV*, n° 240. L'employeur contestait la qualification d'une prime et soutenait qu'elle n'avait été que bénévolente. Le juge l'a néanmoins condamné à verser la prime litigieuse après avoir constaté que, de l'aveu même de l'employeur, elle était versée régulièrement.

<sup>161</sup> M. MIQUEL, *L'usage en droit du travail*, op. cit., p. 30.

<sup>162</sup> Ibid.

<sup>163</sup> Cass. soc. 17 mars 1965, *Bull. civ. IV*, n° 240.

cette pratique. En respectant de manière constante ce versement, il avait abandonné son pouvoir discrétionnaire sur la prime. La Cour de cassation ne nie donc pas l'importance de l'élément psychologique, elle constate son existence implicite.

26- La doctrine ultérieure a d'ailleurs quelque peu malmené la position de M. MIQUEL sur l'élément psychologique. Le Professeur VACHET est convaincu de l'existence de cet élément même dans l'usage d'entreprise<sup>164</sup>. Il prend néanmoins, dans cette hypothèse, une forme différente. L'élément psychologique réside, pour l'usage professionnel, dans la conviction qu'ont les intéressés de se soumettre à une règle juridique. En revanche, pour l'usage d'entreprise, cet élément résiderait plutôt dans la volonté de se soumettre à une règle<sup>165</sup>. Dans certaines de ses décisions la Cour de cassation a néanmoins tenté de relever l'existence d'une conviction chez les salariés et l'employeur. La jurisprudence a eu parfois recours à la notion de « tolérance » pour faire une distinction entre l'*opinio necessitatis* qui implique que les intéressés, notamment l'employeur, sont convaincus de se soumettre à une règle et l'acte ou l'abstention répétée de l'employeur qui aurait pu mettre fin à une pratique s'il l'avait voulu. Relevant les difficultés à établir cette distinction, le Professeur VACHET préfère revenir au clivage établi par le Doyen GENY entre l'usage de droit et l'usage conventionnel. En matière d'usage professionnel, l'*opinio necessitatis* est manifeste, la pratique peut donc être qualifiée d'usage de droit. En matière d'usage d'entreprise, il n'y a pas d'*opinio necessitatis* et il s'agit d'un usage conventionnel, tant il est difficile de croire qu'un employeur a la conviction de se soumettre à une règle obligatoire alors qu'il en est à l'origine. Pour autant l'élément psychologique n'est pas absent : il réside dans une volonté.

27- Les usages ne pouvant qu'instituer des avantages au profit des salariés<sup>166</sup>, ces derniers sont supposés avoir accepté l'usage de manière tacite. En conséquence, il convient de concentrer son attention sur la volonté de l'employeur.

28- Cette position est à rapprocher de celle de M. THUILLIER qui, dès 1975, soutenait également que l'élément volontaire était essentiel à la constitution d'un usage d'entreprise<sup>167</sup>. Il manifestait cependant des réserves quant à sa qualification d'usage conventionnel. En effet cette pratique ne pouvait trouver son origine dans une volonté des parties au contrat de travail individuel et ne s'incorporait pas aux contrats individuels. En revanche cet usage se rapprochait plus d'un accord collectif tacite, son caractère obligatoire trouvant son origine dans l'adhésion de la collectivité des travailleurs à cette pratique. Il s'agirait, en quelque sorte d'un accord tacite des intéressés. Le Professeur VÉRICEL soutenait également cette opinion, présentant l'usage d'entreprise comme une « *clause tacite, sous entendue dans une convention* »<sup>168</sup>. Le Professeur LANGLOIS considérait que « *l'usage d'entreprise constitue bien un accord collectif puisqu'il suppose la rencontre de deux volontés de nature collective : celle de l'employeur, générale, abstraite et destinée à une collectivité de salariés ; celle de cette collectivité qui se manifeste sous la forme dégradée mais certaine de l'absence d'opposition* »<sup>169</sup>. De même les professeurs AUDINET et OLLIER assimilant l'usage à une convention collective avaient considéré que la force obligatoire de l'usage réside dans un accord

<sup>164</sup> Voir n°3.

<sup>165</sup> G. VACHER, « L'usage d'entreprise est-il un véritable usage ? », *op. cit.* spéc. p. 503-504.

<sup>166</sup> Voir n° 93 et suiv. et n° 102.

<sup>167</sup> H. THUILLIER, « L'usage en droit du travail », *op. cit.*, spéc. p. 24.

<sup>168</sup> M. VÉRICEL, « Sur le pouvoir normateur de l'employeur », *op. cit.*

<sup>169</sup> P. LANGLOIS, « Les usages » *in Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 285 et suiv, spéc. pp. 292-293.

collectif tacite<sup>170</sup>.

29- Plus nuancé, le Professeur SAVATIER a envisagé trois fondements à la force obligatoire de l'usage (convention collective, engagement unilatéral et contrat de travail<sup>171</sup>) sans pour autant en faire triompher un seul. Certes comme le Professeur VACHET cet auteur considère que le fondement de la force obligatoire de l'usage d'entreprise réside dans l'autonomie de la volonté, plus particulièrement celle de l'employeur. Cependant la doctrine a tenté de rattacher l'usage aux autres sources juridiques déjà connues. Aucune ne correspond parfaitement à l'usage et la nature de la volonté exprimée dans un contrat, une convention collective ou un engagement unilatéral est différente de l'élément intentionnel de l'usage. Ainsi la convention collective est un acte négocié et accepté par les délégués syndicaux. Il n'y a aucune négociation de l'usage et les bénéficiaires de ce dernier ne sont en rien liés aux représentants syndicaux. De même la volonté exprimée par les parties au contrat de travail n'est pas comparable à celle révélée par l'usage. D'une part le contrat ne concerne qu'un seul salarié, alors que l'usage est une pratique générale. D'autre part, la jurisprudence l'a admis depuis longtemps, l'usage ne s'incorpore pas au contrat de travail<sup>172</sup> et le régime de la révocation de l'usage et celui de la modification du contrat de travail diffèrent profondément.

#### **b) La constatation en pratique de l'élément intentionnel : une tâche délicate**

30- La nature de la volonté exprimée est donc une question qui demeure irrésolue, du moins si l'on souhaite ranger l'usage d'entreprise dans une catégorie préétablie. Il n'en demeure pas moins que le consensus semble être adopté en doctrine : l'élément intentionnel est requis mais l'analyse de la jurisprudence laisse subsister des doutes quant à sa définition. Le Professeur DÉPREZ abondait d'ailleurs en ce sens : « *Les volontés présumées sont sujettes à caution. Et de la volonté tacite à la volonté présumée, il n'y a souvent qu'un pas imperceptible*<sup>173</sup> ». En d'autres termes la volonté réelle de l'employeur n'est pas toujours aisée à caractériser. En outre, ainsi que le soulignait M. BERTIN, l'usage peut résulter d'un acte positif de l'employeur mais également d'une renonciation de sa part<sup>174</sup>.

31- La volonté de l'employeur peut être parfois aisément déduite de son comportement lorsque ce dernier se traduit par un acte positif, tel le versement d'une prime. Néanmoins la jurisprudence refuse que l'erreur de l'employeur puisse être constitutive d'un usage. Si l'employeur a indûment accordé un avantage à son salarié, ce dernier ne peut s'opposer au remboursement ou prétendre à son maintien pour l'avenir, en se fondant sur l'usage. Cette solution déjà ancienne, est notamment illustrée par un arrêt du 10 mai 1979<sup>175</sup>. Des salariés avaient reçu à plusieurs reprises une prime plus importante que celle à laquelle ils pouvaient prétendre, en raison d'une erreur récurrente du service comptable. Cette erreur n'implique nullement que l'employeur est tenu de verser, au titre de l'usage, une prime indûment majorée car selon la Cour « (...) *une erreur, même répétée, ne peut être*

<sup>170</sup> J. AUDINET, « L'usage d'entreprise, ses conditions d'existence et de révocation », *SSL*, suppl. n° 225, 184, D. 29 ; P. OLLIER, « L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources du droit dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1982, p. 684.

<sup>171</sup> J. SAVATIER, « La révocation des avantages résultant des usages de l'entreprise », *op. cit.*, spéc. pp. 894-895.

<sup>172</sup> Voir n°104 et suiv.

<sup>173</sup> J. DÉPREZ, « naissance de la norme dans l'entreprise : interprétation de la volonté de l'employeur et constatation de l'usage », *Dr. soc.* 1987, p. 637.

<sup>174</sup> B. BERTIN, L'usage face au droit étatique dans les relations du travail, *op. cit.*, p. 308 et suiv.

<sup>175</sup> Cass. soc. 10 mai 1979, n° 78-40296, *Bull. civ.*, n° 408.

*constitutive d'un droit acquis ni d'un usage ».*

32- Il convient néanmoins de souligner que si l'erreur se maintient dans le temps, le juge peut être enclin à considérer que cette pratique, au départ erronée, est devenue constitutive d'un usage. Le principe énoncé en 1979 connaît donc une inflexion, somme toute logique. La persistance dans l'erreur durant un temps appréciable ne traduit plus un vice du consentement mais une volonté implicite d'instaurer un réel usage. Ainsi l'application par l'employeur durant de nombreuses années d'une convention collective qui n'était pas normalement applicable, peut devenir un usage. Même si cette application trouve son origine dans une erreur de l'employeur, il reste tenu par ce texte convention en vertu de l'usage<sup>176</sup>.

33- La renonciation peut également caractériser l'élément intentionnel de l'employeur. Il convient de préciser que cette renonciation n'est pas une tolérance de l'employeur. Dans la première situation une personne manifeste, implicitement ou explicitement, sa volonté de ne plus user d'une prérogative. L'élément intentionnel est indiscutablement présent. Dans la seconde situation une personne laisse perdurer une situation à laquelle elle aurait pu s'opposer. Il n'est pas toujours aisé d'établir une telle distinction en pratique.

34- Un exemple en est offert dans l'arrêt de la Chambre sociale du 31 mars 2009<sup>177</sup>. Un salarié utilisait son téléphone professionnel à des fins personnelles. Il avait fait l'objet d'observations et d'un avertissement de l'employeur lui interdisant de continuer une telle pratique. Après un nouvelle « récidive » du salarié, l'employeur le licencia pour faute. La Cour de cassation confirma l'arrêt d'appel qui avait jugé sans cause réelle et sérieuse ce licenciement en se fondant sur l'existence d'un usage au sein de l'entreprise autorisant les salariés à utiliser leur téléphone portable à des fins privées, contre paiement des communications. En principe l'utilisation des biens de l'entreprise à des fins personnelles peut caractériser une faute justifiant un licenciement. Cependant la renonciation de l'employeur à utiliser son pouvoir disciplinaire à l'encontre des salariés (sauf un) caractérisait l'élément intentionnel de l'usage.

35- En revanche ne peut se prévaloir d'un usage le salarié licencié pour avoir utilisé son véhicule professionnel à des fins personnelles en méconnaissance d'une clause de son contrat de travail. Le salarié avait tenté de contester la rupture de son contrat de travail en se fondant sur l'attitude parfois laxiste de son employeur qui autorisait certains salariés à agir de la sorte. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel qui avait considéré que la tolérance de l'employeur à ce propos ne pouvait constituer un usage, étant de surcroît dépourvu de généralité et de fixité<sup>178</sup>.

36- Dans ces deux exemples c'est l'élément matériel qui révèle l'existence ou l'absence d'élément intentionnel. Dans la première situation il y avait une véritable pratique généralisée. Dans la seconde situation, il y avait un renoncement partiel, irrégulier et non généralisé à un pouvoir de sanction. Cette interprétation n'est pas pleinement satisfaisante, en ce sens elle montre les limites de l'importance de l'élément intentionnel tant l'analyse de la psychologie de l'employeur est délicate. En définitive on pourrait en conclure que c'est la pratique, elle-même, donc l'élément matériel, qui révèle la volonté de l'employeur. La théorie avancée par M. MIQUEL redevient, par contrecoup

<sup>176</sup> Cass. soc. 28 oct. 1998, inédit, n° 96-44470.

<sup>177</sup> Cass. soc. 31 mars 2009, inédit, n° 08-40543.

<sup>178</sup> Cass. soc. 21 déc. 2006, inédit, n° 05-41227.

séduisante. Sauf si le juge constate une erreur, c'est-à-dire un vice dans la réelle intention de l'employeur, la pratique constante générale et fixe est de nature à instituer un usage d'entreprise.

37- L'interprétation de la volonté de l'employeur trouve d'autant plus ses limites lorsque la jurisprudence a considéré que l'usage d'entreprise se transmet au nouvel employeur.

#### **c) L'élément intentionnel et le transfert d'entreprise : vers la transformation d'un usage conventionnel en usage juridique ?**

38- Ainsi que cela a été mentionné précédemment, le Professeur VACHET, reprenant la distinction du doyen GENY, avait rapproché l'usage d'entreprise d'un usage conventionnel, c'est-à-dire la pratique qui s'applique par interprétation de la volonté des parties en vertu d'une convention tacite ou présumée. Néanmoins l'assimilation d'un usage d'entreprise à un usage conventionnel n'est pas parfaite. Ainsi que cet auteur l'a noté la Cour de cassation a admis dès 1976<sup>179</sup> que l'usage d'entreprise est transféré au nouvel employeur lorsqu'il reprend l'entreprise. En application de l'article L. 1224-1 du Code du travail lorsqu'une entité économique autonome est transférée d'une personne juridique à une autre, notamment par succession, vente, fusion, les contrats de travail attachés à cette entité sont également transférés au repreneur. Le transfert d'entreprise a donc pour corollaire le transfert des contrats de travail. Seuls les accords contractuels sont transmis au nouvel employeur. Cette disposition légale n'envisage la transmission d'aucun autre élément de la relation de travail.

39- Dès lors comment expliquer qu'une pratique qui trouve son origine dans la volonté acceptée d'une personne devienne opposable à un tiers ? Selon le Professeur VACHET cela devient possible lorsque l'usage se détache de la personne de l'employeur pour devenir une pratique permanente. Justement nommé cet usage est « d'entreprise » et non pas « d'employeur »<sup>180</sup>. Dans l'arrêt précité de 1976 un employeur avait versé deux primes à l'ensemble de ses salariés pendant plus de trois ans. L'entreprise avait ensuite été rachetée par la société ZOL qui avait versé une fois ces avantages avant de concéder la location-gérance de ce fonds de commerce à la société PHARE qui avait immédiatement refusé de se plier à cette pratique. L'un des salariés de l'entreprise transférée saisit le juge afin d'obtenir paiement de ces primes. Confirmant l'arrêt d'appel, la Chambre sociale jugea la demande bien fondée. Comment expliquer cette solution si ce n'est par une mutation de l'élément psychologique ? Lors du transfert le juge constate que l'usage d'entreprise, doué de *l'opinio necessitatis* est devenu un véritable usage juridique et que la recherche de la volonté réelle du nouvel employeur devient inutile. L'élément psychologique devient la conviction des intéressés. De fait cette transformation de l'usage conventionnel en un usage juridique n'était-elle même pas radicalement exclue par le doyen GENY.

40- Cette décision laisse subsister un certain nombre de questions qui conduiraient presque à se demander si le juge social n'a pas instrumentalisé la notion d'usage pour imposer le maintien des avantages résultant de cette pratique.

En premier lieu on pourrait se demander à partir de quel moment l'élément psychologique s'est transformé ? En d'autres termes le transfert d'entreprise a-t-il permis de révéler cette transformation préexistante ou est-ce la conviction des salariés dans ce maintien de l'usage qui a été

<sup>179</sup> Cass. soc. 16 déc. 1976, n° 75-40786, *Bull. Civ. V*, n° 680.

<sup>180</sup> G. VACHER, « L'usage d'entreprise est-il un véritable usage ? », *op. cit. spéc.* p. 504.

à l’origine de cette mutation ?

41- En second lieu il convient de rappeler que *l’opinio necessitatis* est la conviction chez ceux qui observent la pratique qu’ils agissent en vertu d’une règle qui s’impose à eux comme une règle de droit<sup>181</sup>. On pourrait admettre que les salariés qui ont bénéficié régulièrement d’un avantage peuvent être convaincus qu’ils sont en droit d’y prétendre pour l’avenir. Si leur contrat de travail (qui n’est d’ailleurs pas nécessairement écrit) a pu être transféré à un nouvel employeur, pourquoi ne bénéficieraient-ils plus d’une pratique également non écrite ? Que dire de la conviction du nouvel employeur ? Dans les faits de l’arrêt de 1976, la société ZOL avait accordé les avantages aux salariés. Le locataire-gérant qui prenait la suite n’avait nullement envie de se soumettre à cette pratique. Cependant la Cour de cassation considéra que « *Les avantages (...), avaient été regardés par le nouvel employeur comme leur étant définitivement acquis* ». En d’autres termes si le repreneur immédiat se conforme à l’usage, les employeurs postérieurs devront également le faire. Cette solution peut se justifier dans la mesure où le respect volontaire par le nouvel employeur détache définitivement la pratique de celui qui en a été à l’origine et par ce comportement transforme une règle purement conventionnelle en une obligation d’une nature supérieure. *Quid* si le repreneur immédiat refuse de respecter l’usage ? Ce refus devrait être un obstacle à la mutation de l’usage d’entreprise en un usage de droit. La Cour de cassation considère néanmoins que le transfert d’entreprise entraîne automatiquement un transfert des usages. Ainsi dans un arrêt du 6 janvier 1999<sup>182</sup>, alors que le nouvel employeur n’avait jamais versé une prime allouée en vertu d’un usage par l’ancien employeur, la Chambre sociale confirma le jugement du conseil de prud’hommes condamnant le repreneur au paiement de la prime. Cette décision ne fait plus aucune référence à la conviction de l’employeur, le juge mentionnant simplement « *(...) attendu que l’usage d’entreprise est opposable, en cas d’application de l’article L. 122-12 du Code du travail (devenu L. 1224-1), au nouvel employeur* ».

42- En définitive même si l’on admet la théorie de la transformation de la nature de l’usage, cela ne justifie pas pour autant la solution de la Cour de cassation. Tenter d’expliquer cette dernière en se référant à une ancienne doctrine semble donc conduire à une impasse. Il est vain de plaquer *a posteriori* une règle sur une solution jurisprudentielle dont l’unique explication réside dans un attendu lapidaire.

43- Cette solution se comprend d’autant moins lorsque l’on compare le sort de l’usage à celui des accords d’entreprise. Dans l’hypothèse d’un transfert d’entreprise, l’article L. 2261-14 du Code du travail prévoit la mise en cause des accords d’entreprise. La mise en cause produit les mêmes effets que la dénonciation de l’accord collectif. Ce dernier reste en vigueur durant un certain temps, mais passé ce délai de survie temporaire et s’il n’a pas été remplacé par un nouvel accord, il cesse d’exister en tant que tel. Sur quel fondement peut-on s’appuyer pour admettre que le transfert d’entreprise entraîne automatiquement la mise en cause des accords d’entreprise mais pas celle des usages d’entreprises ? Certes dans la première situation, la règle est posée par le Code du travail, tandis que dans la seconde le juge reste libre de décider en l’absence de disposition légale. Le Professeur LANGLOIS soulignait d’ailleurs qu’au travers de cette jurisprudence « *(...) on lui fait comprendre qu’il (le législateur) a mal fait son travail*<sup>183</sup> ».

<sup>181</sup> F. GENY, Méthode d’interprétation et sources en droit positif, op. cit., n° 119.

<sup>182</sup> Cass. soc. 9 janv. 1999, inédit, n° 96-43308.

<sup>183</sup> P. LANGLOIS, « La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail », *D* 1997, p. 45 et suiv., spéc. p. 47.

#### B - La disparition de l'usage

44- Là encore une distinction s'impose entre l'usage d'entreprise et l'usage professionnel. S'ils peuvent être supprimés tous deux par une convention collective (1), seul l'usage d'entreprise pourra, en outre, être supprimé au moyen d'une dénonciation (2).

##### 1) La suppression de l'usage par une convention collective

45- Qu'il soit professionnel ou spécifique à une entreprise, l'usage n'est pas parfaitement supplétif. Ainsi que cela sera précisé ultérieurement<sup>184</sup> il peut y avoir un conflit entre un usage et un accord conventionnel. Dans cette hypothèse, le conflit sera résolu au moyen du principe de faveur. Néanmoins cette solution ne s'applique pas si après le développement de l'usage, une convention ou un accord collectif ayant le même objet qu'un usage est conclu. Dans cette hypothèse la jurisprudence a considéré que l'usage disparaît automatiquement, même s'il était plus favorable aux salariés que les dispositions conventionnelles<sup>185</sup>. A titre d'exemple si un usage instaure une prime de 13<sup>ème</sup> mois et qu'un accord collectif ultérieur supprime cette prime, les salariés ne pourront plus obtenir son versement après l'entrée en vigueur de l'accord collectif.

46- La suppression de l'usage par l'accord collectif postérieur pourrait de prime abord surprendre. Néanmoins la solution jurisprudentielle pourrait s'expliquer de deux manières. La première consisterait à souligner la hiérarchie des normes. L'accord collectif, fruit d'une négociation entre l'employeur et les représentants des salariés, a une valeur supérieure à une pratique. Cependant, ainsi que cela sera démontré<sup>186</sup>, cette hiérarchie est quelque peu malmenée, le principe faveur permettant de faire prévaloir la norme la plus favorable au salarié. La deuxième explication résiderait dans la nature de l'usage lui-même. Qu'il soit professionnel ou d'entreprise, il ne dispose pas d'un caractère normatif suffisant pour pouvoir faire échec à des dispositions conventionnelles. Dès lors que la volonté des partenaires sociaux est d'exclure ou de modifier un usage, ce dernier doit s'incliner même s'il était plus favorable aux salariés. Cette différence de nature est particulièrement mise en évidence dans un arrêt du 9 juillet 1996<sup>187</sup>. Au visa de l'article 1134 du Code civil, en vertu duquel « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », la Cour de cassation infirme un arrêt d'appel qui avait admis le maintien de l'usage en dépit de la convention collective postérieure dont l'une des dispositions avait le même objet que l'usage. Selon la Chambre sociale « *Attendu cependant que lorsqu'un accord collectif ayant le même objet qu'un usage d'entreprise est conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, cet accord a pour effet de mettre fin à cet usage* ».

47- Cette suppression automatique d'un usage par une convention postérieure a conduit M. BERTIN à considérer que la conclusion d'une convention vaut dénonciation<sup>188</sup>. Cette présentation pourrait être quelque peu critiquée car la jurisprudence distingue les deux modes de suppression de l'usage. Ainsi lorsqu'un employeur dénonce un usage de manière illicite, la dénonciation ne produit aucun effet, mais postérieurement à celle-ci si l'employeur signe un accord ayant le même objet que

<sup>184</sup> Voir n°100 et suiv.

<sup>185</sup> Cass. soc. 1<sup>er</sup> avril 1992, inédit, n° 90-20871.

<sup>186</sup> Voir n°102.

<sup>187</sup> Cass. soc. 9 juill. 1996, inédit, n° 94-45376.

<sup>188</sup> B. BERTIN, L'usage face au droit étatique dans les relations du travail, op. cit., p. 257.

l'usage, le juge n'a plus à se préoccuper de la régularité de la dénonciation. La Chambre sociale l'a affirmé, notamment dans un arrêt du 8 janvier 2002 : « *Et attendu que la cour d'appel qui a constaté que l'accord collectif du 13 novembre 1998 avait le même effet que les usages, en a exactement déduit qu'il s'était substitué à eux et que la validité de leur dénonciation n'était plus en cause*<sup>189</sup> ».

48- Une question demeure, néanmoins, concernant la catégorie d'accord ou de convention qui permet de supprimer un usage professionnel. Si certains auteurs soulignent que l'extinction des usages professionnels peut résulter de l'intervention d'une convention collective<sup>190</sup>, on peut se demander à quel niveau de négociation doit se situer l'accord pour qu'il puisse valablement supprimer l'usage. Est-ce que l'usage établi pour une profession et dans un département particulier peut être supprimé par accord d'entreprise ? Une réponse négative s'impose en raison de la nature de l'usage professionnel. Ainsi que le souligne le Professeur VACHET « *des individus isolés ne peuvent s'affranchir d'un usage dont le caractère obligatoire ne découle pas de leur volonté de l'appliquer ou de ne pas l'appliquer. Pour qu'il en aille autrement il faudrait un consensus (...)*<sup>191</sup> ». Cette interprétation a été confirmée par la Chambre sociale dans une décision du 8 avril 2010, dans laquelle la Cour considère : « *Mais attendu qu'un usage local ne peut être remis en cause que par un accord collectif ayant le même objet, conclu dans le champ d'application géographique de l'usage ou dans un champ géographique plus large*<sup>192</sup> ».

## 2) La dénonciation de l'usage d'entreprise

49- La dénonciation est un mode unilatéral de suppression de l'usage et ne nécessite que le respect de certaines conditions de forme<sup>193</sup>. Mais de même que l'accord d'entreprise ne permet pas de supprimer un usage local ou professionnel, de même l'employeur ne peut unilatéralement mettre fin à un tel usage en utilisant la procédure de dénonciation. L'arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1992<sup>194</sup> en donne un exemple. Une entreprise accordait une demi-journée de repos à ses salariés au titre d'un usage. Après dénonciation de celui-ci, plusieurs salariés saisirent le juge pour obtenir la condamnation de la société au paiement de la demi-journée. La Cour de cassation censura l'arrêt d'appel qui avait fait droit aux demandes en lui reprochant de ne pas avoir recherché si l'usage en question était local ou d'entreprise, ce dernier pouvant être supprimé au moyen de la procédure de dénonciation.

50- La procédure de dénonciation requiert trois conditions cumulatives : l'employeur doit informer les institutions représentatives du personnel, informer individuellement chaque salarié et respecter un délai de prévenance suffisant. Cette procédure a été réaffirmée à maintes reprises depuis le célèbre arrêt du 25 février 1988<sup>195</sup>. Au fil des décisions successives, la Cour de cassation a apporté certaines précisions sur chacune des trois conditions.

51- De manière chronologique, l'information individuelle des salariés doit être précédée de

<sup>189</sup> Cass. soc. 8 janv. 2002, n°00-12252, *Bull. Civ. V*, n° 4.

<sup>190</sup> M. MIQUEL, *L'usage en droit du travail*, op. cit., p. 209 et suiv.

<sup>191</sup> G. VACHER, « L'usage d'entreprise est-il un véritable usage ? », op. cit. spéc. p. 507.

<sup>192</sup> Cass. soc. 8 avr. 2010, n° 08-43599 ; *RJS* 06/10, n° 536.

<sup>193</sup> M. MORAND, « Vie et mort de l'usage d'entreprise », *JCP E*, 1986, I, 15372.

<sup>194</sup> Cass. soc. 4 mars 1992, inédit, n° 90-40858.

<sup>195</sup> Cass. soc. 25 fév. 1988, *Bull. civ. V*, n° 139.

l'information des institutions représentatives du personnel<sup>196</sup> c'est-à-dire le comité d'entreprise et les délégués du personnel. En outre la complexité des structures des entreprises trouve un écho dans l'organisation des différentes institutions représentatives du personnel et soulève des questions relatives aux instances devant être consultées. Ainsi lorsque l'entreprise comporte des établissements distincts d'au moins 50 salariés, l'employeur doit mettre en place des comités d'établissement et un comité central d'entreprise. La Cour de cassation considère que seul le comité central d'entreprise sera informé si le champ d'application de l'usage s'étend à l'entreprise. En revanche si l'usage ne concerne qu'un seul établissement, l'information ne devra être donnée qu'au comité d'établissement<sup>197</sup>.

52- La forme même de l'information a fait l'objet de précisions. Lorsqu'il existe dans l'entreprise un comité d'entreprise, l'employeur devra donner l'information durant une réunion du comité après inscription à l'ordre du jour. L'envoi de lettres individuelles à chacun des membres du comité ne respecte pas, selon la Cour, cette première exigence<sup>198</sup>.

53- Enfin l'absence d'institution représentative du personnel peut avoir une incidence sur la régularité de la procédure de dénonciation. La Cour a jugé que lorsque l'employeur n'organise pas les élections des représentants du personnel alors que la loi lui impose de le faire (lorsque les seuils d'effectif ont été atteints), il ne peut se prévaloir de cette absence pour échapper à la première condition<sup>199</sup>. En d'autres termes si l'employeur n'était pas obligé de mettre en place des institutions représentatives du personnel, on ne peut lui reprocher cette absence. En revanche s'il était contraint de le faire et qu'il s'en est abstenu, la procédure de dénonciation sera nécessairement irrégulière. Il ne pourra donc pas supprimer unilatéralement l'usage. Cette solution a d'ailleurs été transposée à l'hypothèse de la consultation des délégués du personnel sur les possibilités de reclassement du salarié inapte. Lorsque l'inaptitude est d'origine professionnelle, l'employeur est tenu de consulter les délégués du personnel avant de proposer au salarié un reclassement<sup>200</sup>. S'il ne peut procéder à cette consultation en l'absence de délégués du personnel, absence trouvant son origine dans la carence de l'employeur, le licenciement du salarié inapte sera sans cause réelle et sérieuse<sup>201</sup>.

54- Outre l'information des représentants du personnel, l'employeur doit informer de sa décision tous les salariés concernés par l'usage. Cette information doit être individuelle et revêt, pour des questions de preuve, la forme d'une lettre. La procédure est ainsi irrégulière lorsque l'employeur se contente d'afficher une note dans l'entreprise<sup>202</sup>. Cette information doit être individuelle. A ce titre, l'employeur ne peut s'acquitter de cette obligation par un simple affichage. Enfin l'employeur doit laisser un délai de prévenance suffisant entre la date de la dénonciation et la disparition effective de l'usage. Un délai de deux mois a été jugé suffisant<sup>203</sup>.

## II - La place de l'usage en droit du travail

<sup>196</sup> Cass. soc., 30 mai 2001, inédit, n° 99-40933.

<sup>197</sup> Cass. soc., 8 juill. 1992, inédit, n° 90-40336.

<sup>198</sup> Cass. soc., 5 janv. 2005, n° 02-42819, *Bull. civ. V*, n° 1

<sup>199</sup> Cass. soc., 16 nov. 2005, n° 04-40339, *Bull. civ. V*, n° 329.

<sup>200</sup> Art. L. 1226-10 C. trav.

<sup>201</sup> Cass. soc. 23 sept. 2009, n° 08-41685, *Bull. Civ. V*, n° 192. La sanction de l'employeur sera très rigoureuse. En application de l'article L. 1226-15, il devra verser au salarié licencié une indemnité qui ne peut être inférieure à 12 mois de salaire.

<sup>202</sup> Cass. soc., 27 nov. 1990, n° 87-42404, *Bull. civ. V*, n° 591.

<sup>203</sup> Cass. soc., 7 juin 1995, n° 91-44919, *Bull. civ. V*, n° 184.

55- La place de l'usage en droit du travail peut abordée de deux manières. En premier lieu de manière pratique en citant des exemples d'usages professionnels et d'usages d'entreprise (A). En second lieu en examinant les rapports de l'usage avec les autres sources en droit du travail (B).

#### **A - Exemples d'utilisation de l'usage en droit du travail**

56- Ces exemples seront abordés en distinguant l'usage professionnel (1), de l'usage d'entreprise (2).

##### **1) Les usages professionnels**

57- En 1974, M. MIQUEL avait présenté les principales applications des usages professionnels. A une époque où le droit du travail « moderne » était en pleine construction, les exemples exposés tendaient à prouver que les usages professionnels avaient encore de l'avenir. L'analyse du droit positif aboutit à un constat inverse en raison de développement d'une part des dispositions légales et d'autre part de la négociation collective de branche. Ces instruments ont été privilégiés au détriment des usages professionnels dont l'utilité semble aujourd'hui marginale. Dès 1989, le Professeur LANGLOIS évoquait un mouvement de tenaille, d'étouffement, de cette catégorie d'usages par les lois et les conventions de branche<sup>204</sup>. Afin de souligner cette évolution, il faut distinguer les usages professionnels qui ont été progressivement évincés (a) et ceux qui demeurent (b).

##### **a) Les usages évincés**

58- Un usage professionnel n'a pas vocation à tomber en désuétude mais d'une part certains usages ont été repris dans des conventions collectives et d'autre part plusieurs dispositions légales ont été adoptées dans des domaines qui jusqu'alors relevaient des usages. Plusieurs exemples illustrent cette progressive éviction de l'usage du paysage juridique en droit du travail. Il en va ainsi de l'essai (α) et de l'indemnité de licenciement (β).

##### **α) L'essai**

59- L'essai est la période située au début de l'exécution de la relation de travail, permettant à l'employeur de vérifier les compétences du salarié et à ce dernier de constater que ce poste lui convient. Pendant cette période, chacun peut rompre en principe le contrat sans motif ni procédure. A mesure que législateur a créé des obligations à la charge de l'employeur lors de la rupture du contrat de travail, notamment le préavis, l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement et l'indemnité de licenciement, la période d'essai est devenue de plus en plus séduisante pour l'employeur. En effet, la rupture de l'essai n'est pas un licenciement, elle est donc beaucoup moins coûteuse et formelle pour l'employeur.

60- Quelques décisions de justice remontant aux années 1950 et 1960 reconnaissent l'existence d'usages professionnels selon lesquels l'employeur peut embaucher un salarié à l'essai. Les salariés

---

<sup>204</sup> P. LANGLOIS, « Les usages » in Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen, op. cit., spéc. p. 286.

« supérieurs » de la région parisienne se voyaient imposer un essai de 3 mois au titre de l'usage<sup>205</sup>. Il en allait de même pour les ouvriers travaillant aux alentours de Metz<sup>206</sup>.

61- Néanmoins cet essai, issu d'un usage professionnel, a fait l'objet d'une stricte surveillance de la Cour de cassation. Dès 1959<sup>207</sup>, elle a considéré que si les parties avaient manifesté la volonté de débiter une relation de travail sans essai, ce dernier devait être écarté. La nature d'usage de droit était donc mise à mal. On aurait pu en conclure que le juge considérait l'usage comme simplement interprétatif de volonté. La jurisprudence n'a cependant pas confirmé cette théorie. En effet, elle a admis que le contrat de travail ne permet pas d'imposer un essai plus long que celui résultant de l'usage<sup>208</sup>. En d'autres termes la combinaison des dispositions, résultant d'un usage et d'un contrat de travail et relatives à l'essai, ne devrait pas analysée à la lumière de la dichotomie usage juridique/usage conventionnel. Le juge a privilégié tantôt l'un, tantôt l'autre pour empêcher l'employeur de faire échec aux dispositions légales relatives à la rupture du contrat de travail qui protégeaient le salarié. Ainsi le contrat prévaut lorsqu'il exclut l'essai, ce qui de fait conduit à qualifier la rupture à l'initiative de l'employeur de licenciement. En revanche l'usage prévaut lorsqu'il permet de garantir au salarié une période d'essai plus courte.

62- Le juge a poussé plus loin cette volonté de protection du salarié puisqu'il a considéré en 1999<sup>209</sup> que l'usage ne permettait plus d'imposer au salarié un essai. Le législateur a pris le relais du juge puisque l'article L. 1221-23 du Code du travail, issu de la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008<sup>210</sup>, dispose « *La période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail.* ».

#### β) L'indemnité de licenciement

63- L'indemnité de licenciement est un autre exemple d'éviction de l'usage en droit du travail. De même qu'en matière d'essai, l'indemnité de licenciement a été initialement prévue par des usages professionnels, notamment un usage en vigueur dans la région Bordelaise. Cet usage avait été reconnu dans un parère<sup>211</sup> du 12 juin 1919<sup>212</sup>. En vertu de ce document « *Tout employé adulte congédié (à l'exception de ceux qui sont privés de leur emploi pour faute ou inaptitude professionnelle) devrait recevoir une indemnité de licenciement indépendante du délai-congé, indemnité qui peut être basée sur la durée du séjour de l'employé dans la maison qui le congédie et le taux de ses appointements mensuels. Au-dessous de quatre ans de présence dans la maison, pas d'indemnité de licenciement autre que le délai-congé. A partir de quatre ans de présence dans la maison, indemnité égale à 25% du salaire mensuel moyen des douze derniers mois par chaque année de présence. Au-dessus de vingt années de présence dans la maison, cinq mois d'appointements*<sup>213</sup> ».

64- Il y eut vraisemblablement quelques discussions sur la nature du parère car il avait été signé

<sup>205</sup> Cass. soc. 5 avr. 1954, citée par M. MIQUEL, *L'usage en droit du travail*, op. cit., p. 74.

<sup>206</sup> Cass. soc. 13 avr. 1961, citée par M. MIQUEL, *L'usage en droit du travail*, op. cit., p. 74.

<sup>207</sup> Cass. soc. 26 juin 1959, citée par M. MIQUEL, *L'usage en droit du travail*, op. cit., p. 76.

<sup>208</sup> Cass. soc. 20 oct. 1950, citée par M. MIQUEL, *L'usage en droit du travail*, op. cit., p. 76.

<sup>209</sup> Cass. soc. 23 nov. 1999, n° 97-43022, *Bull. civ.V*, n°448.

<sup>210</sup> Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, JO 26 juin 2008, p. 10224.

<sup>211</sup> Le parère est un certificat attestant de l'existence d'un usage professionnel. *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, sous la dir. de R. CABRILLAC, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 286.

<sup>212</sup> M. MIQUEL, *L'usage en droit du travail*, op. cit., p. 129 et suiv.

<sup>213</sup> M. MIQUEL, *L'usage en droit du travail*, op. cit., p. 129.

entre un comité de groupements économiques de la région bordelaise et des associations professionnelles de salariés. La date de sa conclusion suivait de peu la loi du 25 mars 1919 qui donna un statut juridique à la convention collective. En d'autres termes certains juristes se sont posé la question de savoir si ce parère attestait de l'existence d'un usage professionnel ou s'il constituait les prémices d'une négociation collective menée peu de temps après la loi qui consacrait l'existence juridique des conventions collectives. Il semble pourtant qu'en dépit de la quasi-concomitance entre la date de signature du parère et la date de la loi de 1919, le texte bordelais ne faisait que reconnaître un usage préexistant. M. MIQUEL cite<sup>214</sup> à cet effet un extrait d'une lettre du 3 décembre 1921 que M. HAYARD, Président de la Chambre de commerce de Bordeaux, avait adressée au Président de la Chambre syndicale des employés du commerce de cette ville : « *Il ne s'agit nullement de l'application d'un contrat collectif de travail mais seulement d'usages locaux cristallisés dans le parère du 12 juin 1919. L'autorité de ce document sera d'autant plus grande qu'il porte la signature des principaux groupements syndicaux de la ville* »<sup>215</sup>.

En outre la jurisprudence ultérieure a reconnu l'existence de cet usage consacré dans le parère. La Cour de cassation l'a notamment visé dans un arrêt du 20 mai 1936<sup>216</sup>. Cassant un jugement du tribunal civil de Bordeaux, elle a énoncé que « *Aucun texte de loi n'interdit l'application d'un usage qui alloue aux employés congédiés une indemnité proportionnée au nombre de leurs années de services, dès lors que cet usage ne présente point, comme en l'espèce, le caractère d'une clause pénale (...)* »<sup>217</sup>. De même, dans une décision du 8 janvier 1964, on retrouve sous la plume des magistrats de la Chambre sociale : « *mais attendu que l'arrêt confirmatif attaqué constate l'existence d'un usage constant et ancien de la place de Bordeaux accordant à tout employé de commerce licencié après quatre années de présence une indemnité de congédiement (...)* »<sup>218</sup>.

65- Cet usage de Bordeaux a néanmoins perdu sa raison d'être lorsque fut promulguée l'ordonnance du 13 juillet 1967, complétée par deux décrets du 13 juillet 1967 et du 13 juillet 1973<sup>219</sup>. L'ordonnance institua une indemnité de licenciement qui avait un champ d'application et un mode de calcul plus favorables que ceux résultant de l'usage de Bordeaux. L'article 2 de l'ordonnance de 1967 disposait que l'indemnité de licenciement devait être versée à tout salarié embauché par contrat à durée indéterminée, ayant deux années ininterrompues d'ancienneté et licencié sauf faute grave. Les articles 1 du décret de 1967 et 4 de l'ordonnance de 1967 prévoient des modalités de calcul qui ne pourront qu'être améliorées par les autres instruments propres à la relation de travail tels que le contrat de travail, les conventions collectives ou encore l'usage. L'article 1 du décret dispose en substance que l'indemnité de licenciement ne pourra être inférieure à :

- 1/20<sup>ème</sup> de mois de salaire par année d'ancienneté, ou
- 10 heures de salaire par année d'ancienneté pour les salariés qui n'étaient pas mensualisés.

<sup>214</sup> Plus exactement M. MIQUEL cite une thèse M. L. DUPOUX qui fait état de cette lettre dans sa thèse de 1942. L. DUPOUX, *L'indemnité de licenciement*, Thèse dactyl. Rennes, 1942, spéc. p. 20, cité par M. MIQUEL, *L'usage en droit du travail*, op. cit, p. 129.

<sup>215</sup> M. MIQUEL, *L'usage en droit du travail*, op. cit, p. 129.

<sup>216</sup> Cité par M. MIQUEL, *L'usage en droit du travail*, op. cit, p. 130.

<sup>217</sup> Ibid.

<sup>218</sup> Cass. soc. 8 janv. 1964, *Bull. civ.* n°15.

<sup>219</sup> Article 2 de l'ordonnance 67-581 du 13 juillet 1967 relative à certaines mesures applicables en cas de licenciement, JO 19 juillet 1967, p. 7241 ; article 1 du décret n°67-582 du 13 juillet 1967 fixant les modalités d'application des art. 2 et 4 de l'ordonnance 67-581 du 13 juillet 1967 relative à certaines mesures applicables en cas de licenciement, JO 19 juillet 1967, p. 7241 ; article 1 du décret n°73-808 du 10 août 1973 fixant les modalités d'application du paragraphe 1 bis du chapitre II du titre II du livre Ier du code du travail relatif à la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, JO 15 août 1973, p. 8885.

L'article 4 de l'ordonnance dispose que l'indemnité de délai-congé peut s'ajouter à l'indemnité de licenciement instituée par son article 2 ou « *le cas échéant, à l'indemnité de licenciement applicable en vertu d'une convention collective de travail, d'un accord collectif d'établissement, d'un règlement de travail, du contrat de travail ou des usages* ».

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que l'indemnité légale de licenciement ne peut être qu'augmentée par l'usage. Il ne pourra prévaloir sur la loi que dans l'hypothèse où il est plus favorable aux salariés. En revanche l'indemnité légale de licenciement ne peut pas se cumuler avec une indemnité ayant le même objet et résultant d'un usage<sup>220</sup>.

66- Les modalités de calcul de l'indemnité de licenciement ont été modifiées par le décret du 10 août 1973 qui portait le minimum légal à :

- 1/10<sup>ème</sup> de mois de salaire par année d'ancienneté, ou
- 20 heures de salaire par année d'ancienneté pour les salariés qui n'étaient pas mensualisés.

67- La dernière modification du droit applicable à l'indemnité de licenciement résulte de la loi du 25 juin 2008 et de son décret d'application<sup>221</sup> qui ont amendé son champ d'application et son mode de calcul<sup>222</sup> mais pas la philosophie issue des dispositions de 1967. L'indemnité légale n'est qu'un minimum qui peut être augmenté par d'autres sources, notamment l'usage. Ainsi l'article L. 1234-9 du Code du travail dispose : « *Le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte une année d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement* ». Le montant de l'indemnité légale de licenciement ne peut être inférieur à 1/5<sup>ème</sup> de mois de salaire par année d'ancienneté, auxquels s'ajoutent 2/15<sup>ème</sup> de mois par année au-delà de 10 ans<sup>223</sup>.

68- Si l'usage professionnel a constitué un des prémices de la mise en place de l'indemnité de licenciement, il ne présente plus d'intérêt particulier sauf lorsqu'il instaure, au bénéfice des salariés, des avantages supérieurs à ceux prévus par la loi. A cet égard il ne se distingue plus des conventions collectives ou du contrat de travail.

#### **b) Les usages persistants**

69- Certaines dispositions du Code du travail font encore référence aux usages professionnels (α). Hormis ces quelques dispositions, la pratique révèle la survivance d'usages professionnels (β).

#### **α) Les usages professionnels visés par le Code du travail : l'exemple du préavis**

70- Le préavis, anciennement appelé « délai-congé », trouve son origine dans les usages. Dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la Cour de cassation a admis qu'entre la signification de la rupture du contrat de travail et

<sup>220</sup> Circ. min. TE, 1<sup>er</sup> sept. 1967, BO Trav. 1967, n° 36.

<sup>221</sup> Voir note n° 86 et décret n° 2008-715 du 18 juillet 2008 portant diverses mesures relatives à la modernisation du marché du travail, JO 19 juillet 2008, p. 11589.

<sup>222</sup> La loi du 25 juin 2008 a réduit l'ancienneté requise de deux ans à une année. Le décret du 18 juillet 2008 a supprimé la distinction entre l'indemnisation du licenciement pour motif économique et celle du licenciement pour motif personnel. Antérieurement au décret les articles R. 1234-2 et R. 1234-3 prévoyaient le doublement de l'indemnité en cas de licenciement économique. Désormais le mode de calcul de l'indemnité est identique que le motif du licenciement soit économique ou non.

<sup>223</sup> Art. R. 1234-2 C. trav.

la rupture effective, un certain délai devait s'écouler<sup>224</sup>. Ce préavis s'imposait équitablement aux deux parties à la relation de travail. Cette obligation réciproque a été consacrée dans la loi du 19 juillet 1928<sup>225</sup> qui a, par ailleurs, reconnu aux usages une place essentielle en matière de délai-congé. L'article unique de cette loi disposait : « *L'existence et la durée du délai-congé sont fixés en conformité des usages pratiqués dans la localité ou la profession ou à défaut de ces usages, par des conventions collectives. Il peut être dérogé par des conventions collectives aux délais fixés par les usages. Toute clause d'un contrat individuel ou d'un règlement d'atelier fixant un délai-congé inférieur à celui qui est établi par les usages ou par les conventions collectives, est nulle de plein droit. (...)»<sup>226</sup> ».*

71- Il résultait de ce texte que la source première du délai-congé résidait dans les usages professionnels ou à défaut dans les conventions collectives qui pouvaient déroger aux usages. En revanche ni le contrat de travail, ni le règlement d'atelier n'étaient des sources possibles de délai-congé. La loi ajoutait pourtant que s'ils existaient, ils ne pouvaient prévoir des délais plus courts que ceux résultant des usages ou des conventions collectives. Toutefois si l'existence du délai-congé était prévue par usage ou convention collective, le contrat de travail ou le règlement d'atelier pouvaient prévoir une durée longue. Le texte légal initial, en imposant la nullité des clauses prévoyant des délais plus courts, semblait permettre une dérogation par le contrat ou le règlement d'atelier aux durées issues des usages ou des conventions collectives, dès lors qu'elles étaient plus longues.

72- Plus que les possibilités de dérogation aux usages, l'aspect marquant de ce texte réside dans l'absence de distinction entre les débiteurs de l'obligation de respecter le préavis. Dès lors que ce dernier était prévu par un usage professionnel, il s'imposait au salarié et à l'employeur. Aux yeux de la loi tous deux étaient sur un pied d'égalité. Ce n'est qu'en 1958 que le législateur consacra une différence de traitement entre les deux parties au contrat. La loi du 19 février 1958 imposa à l'employeur de respecter un préavis d'un mois lorsque le salarié avait 6 mois d'ancienneté ininterrompue<sup>227</sup>. Dans l'ordonnance du 13 juillet 1967<sup>228</sup> ce délai fut augmenté à 2 mois lorsque le salarié avait une ancienneté ininterrompue de 2 ans ; lorsque son ancienneté était au moins égale à

<sup>224</sup> M. MIQUEL cite à cet effet quatre décisions de la Cour de cassation de 1872, 1873, 1874 et 1879. M. MIQUEL, *L'usage en droit du travail*, op. cit., p. 84, note 2.

<sup>225</sup> Loi du 19 juillet 1928 modifiant l'article 23 du livre 1er du code du travail, JO 21 juillet 1928, p. 8150, *Le Bulletin législatif Dalloz*, 1928, pp. 618-619, disponible sur le site GALLICA.

<sup>226</sup> Cette même loi a également consacré la jurisprudence relative à l'abus de droit dans la rupture, seul fondement juridique permettant au salarié d'obtenir une réparation lorsque l'employeur avait rompu le contrat de travail en agissant avec une légèreté blâmable ou dans l'intention de nuire à son salarié. Cependant, de même qu'en matière de délai-congé, la loi de 1928 imposait des obligations aux deux parties, puisque chacune d'entre elles pouvait se rendre coupable d'un abus. « *Les dommages-intérêts qui peuvent être accordés pour inobservation du délai-congé ne se confondent pas avec ceux auxquels peut donner lieu, d'autre part, la résiliation abusive du contrat par la volonté d'une des parties contractantes* ». Il faudra attendre la loi du 13 juillet 1973 qui a créé la notion « cause réelle et sérieuse de licenciement », pour que le législateur consacre un déséquilibre entre les parties au contrat de travail concernant le motif de la rupture. Le licenciement doit être motivé par une cause réelle et sérieuse tandis que la démission n'est pas subordonnée à un motif légitime. Le salarié démissionnaire peut néanmoins être débiteur de dommages et intérêts s'il ne respecte pas le préavis qui lui est imposé ou s'il démissionne de manière abusive. L'article L. 1237-2 al. 1 du Code du travail dispose « *La rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié ouvre droit, si elle est abusive, à des dommages et intérêts pour l'employeur* ».

<sup>227</sup> Article 1 de la Loi n°58-158 du 19 février 1958 modifiant l'art. 23 (2e alinéa) du livre I du code du travail, relatif aux conditions d'attribution d'un délai-congé aux salariés en cas de rupture de contrat de travail, JO 20 février 1958, pp. 1858-1859.

<sup>228</sup> Article 4 de l'ordonnance du 13 juillet 1967 précitée. Voir note n°95 pour les références.

6 mois, la durée du préavis devait être au minimum de 1 mois. Outre la durée légale du préavis de licenciement, le législateur a permis une dérogation *in melius* aux dispositions légales par les règlements de travail, les conventions collectives ou les usages. Dès lors que ces derniers prévoient soit une durée de préavis plus longue, soit une ancienneté minimale plus faible, ils primaient sur les dispositions légales<sup>229</sup>. L'actuel article L. 1234-1 du code du travail reprend ces anciennes dispositions : d'une part les durées de préavis et d'ancienneté requises sont identiques, d'autre part les durées légales « *ne sont applicables que si la loi, la convention ou l'accord collectif de travail, le contrat de travail ou les usages ne prévoient pas un préavis ou une condition d'ancienneté de services plus favorable pour le salarié*<sup>230</sup> ». Dans l'hypothèse où l'ancienneté est inférieure à 6 mois, le salarié pourra néanmoins prétendre à un préavis de licenciement si ce dernier est imposé par « *la convention ou l'accord collectif de travail ou, à défaut, par les usages pratiqués dans la localité et la profession*<sup>231</sup> ».

73- Soulignons que les dispositions légales ont imposé une durée de préavis de licenciement plus importante que celle résultant des usages en vigueur en 1958<sup>232</sup>. Toutefois, il est d'usage dans un grand nombre de secteurs professionnels d'accorder aux cadres un préavis de 3 mois<sup>233</sup>. Pour cette catégorie de salariés, l'usage professionnel présente encore une certaine utilité, dès lors qu'ils sont en mesure de prouver son existence<sup>234</sup>.

74- Le préavis en matière de démission n'a pas suivi la même évolution. Sauf exception, la loi n'impose pas de durée minimale de préavis<sup>235</sup>. Certes l'article L. 1237-2 du Code du travail ouvre droit à des dommages et intérêts, au profit de l'employeur, lorsque la démission est abusive. Cependant l'abus de droit dans la rupture du contrat et le non-respect du préavis constituent deux fondements distincts, la Cour de cassation ayant précisé que la seule inexécution du préavis ne donne pas à la rupture un caractère abusif<sup>236</sup>. Hormis les quelques exceptions légales, le préavis de démission trouve son origine dans les conventions ou accords collectifs de travail. L'article L. 1237-1 ajoute : « *En l'absence de dispositions légales, de convention ou accord collectif de travail relatifs au préavis, son existence et sa durée résultent des usages pratiqués dans la localité et dans la profession.* »

75- L'usage demeure donc une source de droit du préavis de démission mais contrairement à la formulation utilisée en 1928, le Code du travail n'envisage l'usage que de manière résiduelle. Une lecture stricte de l'article L. 1237-1, qui utilise l'expression « en l'absence », conduit à exclure les usages dès lorsqu'il existe une stipulation conventionnelle relative au préavis de démission. Cette interprétation a été confirmée par la Cour de cassation qui refuse de prendre en considération l'usage relatif au préavis de démission dès lors qu'une convention ou un accord collectif vise ce

<sup>229</sup> La loi du 19 février 1958 disposait que la durée légale de délai-congé s'imposait à l'employeur à moins que « les règlements de travail, les conventions collectives ou, à défaut les usages, ne prévoient, soit un délai-congé d'une durée supérieure, soit pour prétendre à ce préavis, une condition d'ancienneté inférieure à 6 mois. » Cette disposition fut introduite à l'article 23 du Livre I du Code du travail.

<sup>230</sup> Article L. 1234-1 *in fine* C. trav.

<sup>231</sup> Article L. 1234-1 al. 1 C. trav.

<sup>232</sup> M. MIQUEL, *L'usage en droit du travail*, op. cit, p. 86.

<sup>233</sup> En ce sens *Lamy Social 2010*, n° 2583.

<sup>234</sup> Cass. soc. 18 avr. 1991, inédit, n° 89-41827.

<sup>235</sup> Il existe des exceptions notamment concernant les voyageurs, représentants et placiers (art. L. 7313-9 C. trav.) et les journalistes (art. L. 7112-2 C. trav.).

<sup>236</sup> Cass. soc. 14 oct. 1987, inédit, n° 86-40049.

préavis. Ainsi dans une décision du 10 février 1998<sup>237</sup>, l'employeur faisait valoir l'existence d'un usage local imposant un préavis de démission d'un mois qui devait primer sur la convention collective applicable qui prévoyait un préavis d'une semaine la Chambre sociale rejeta son pourvoi : « *Mais attendu que pour la détermination de la durée du préavis de démission, l'article L. 122-5 du Code du travail (aujourd'hui L. 1237-1) dispose que ce n'est qu'à défaut de dispositions applicables dans la convention collective que les usages seront recherchés ; que le conseil de prud'hommes ayant fait application de la convention collective de l'imprimerie, le moyen est inopérant* ». Il en résulte que même si l'usage prévoit une règle plus favorable au salarié, en imposant un préavis de démission plus court, il sera immanquablement écarté dès lors qu'il est concurrencé par une stipulation conventionnelle.

#### β) Les usages professionnels extérieurs au Code du travail

76- En dehors des dispositions du Code du travail, le juriste découvre parfois des usages professionnels à la lecture de quelques décisions de justice. Ainsi une décision de la Chambre sociale du 27 janvier 1999 se réfère à l'usage applicable aux entreprises de l'hôtellerie et de la restauration de la Côte basque en vertu duquel les salariés annualisés doivent bénéficier d'un supplément saisonnier<sup>238</sup>. De même il existe un usage local, dans le Rhône, en vertu duquel la taxe d'habitation due par les gardiens d'immeubles est prise en charge par leur employeur<sup>239</sup>. Autre exemple : en vertu d'un usage local en vigueur dans les départements d'outre-mer, les salariés des entreprises du secteur médico-social bénéficient d'une prime dite « de vie chère », consistant en une indexation de 20 % du salaire<sup>240</sup>.

77- Il existe également des usages spécifiques aux congés qui varient selon les régions et l'activité des entreprises. Sont notamment considérés comme fériés en vertu d'un usage<sup>241</sup> :

- les Lundi Gras, mardi Gras, mercredi des Cendres dans toutes les entreprises de Guadeloupe, Guyane, Martinique ;
- le 26 juillet, fête de la Sainte Anne, dans les entreprises lilloises du secteur textile ;
- le 2 novembre, jour des défunts, dans toutes les entreprises de la Martinique ;
- le 25 novembre, fête de la Sainte Catherine, dans toutes les entreprises nationales du secteur de la couture ;
- le 1<sup>er</sup> décembre, fête de Saint Éloi, dans les entreprises du Nord et du Pas-de-Calais du secteur de la métallurgie ;
- le Vendredi Saint dans toutes les entreprises de la Martinique<sup>242</sup>.

78- Soulignons enfin que dans certains secteurs professionnels les usages étaient très importants et

<sup>237</sup> Cass. soc. 10 fév. 1998, inédit, n° 95-41630.

<sup>238</sup> Cass. soc. 27 janvier 1999, n° 96-44036, *Bull. civ.V*, n° 42.

<sup>239</sup> Cass. soc. 27 mars 2001, n° 98-44292, *Bull. civ.V*, n° 106.

<sup>240</sup> Cass. soc. 8 avr. 2010, n° 08-43599.

<sup>241</sup> *Liste de jours fériés nationaux, locaux ou spécifiques à une profession*, Editions Tissot, avril 2009, disponible à l'adresse internet : [http://www.editions-tissot.fr/resource/conseils/EN104\\_Liste\\_jours\\_feriers\\_nationaux\\_locaux\\_ou\\_specifiques\\_a\\_une\\_profession.pdf](http://www.editions-tissot.fr/resource/conseils/EN104_Liste_jours_feriers_nationaux_locaux_ou_specifiques_a_une_profession.pdf).

<sup>242</sup> Le Vendredi Saint est également un jour férié dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle mais seulement dans les communes ayant une église protestante ou une église mixte. Cependant ce jour de congé supplémentaire n'est pas prévu par un usage mais par l'article 105a alinéa 2 du Code professionnel local ainsi que l'Ordonnance du 16 août 1892 sur les jours fériés. Voir ces deux textes sur le site de l'Institut du Droit Local Alsacien-Mosellan à l'adresse internet : <http://www.idl-am.org/index.asp>.

le demeurent encore<sup>243</sup>. Il en va ainsi du secteur de l'agriculture. La particularité de ce secteur a très tôt conduit le législateur à reconnaître l'existence d'usages professionnels en ce domaine. Ainsi une loi du 3 janvier 1924 a attribué aux chambres d'agriculture mission de « grouper, coordonner, codifier les coutumes et usages locaux à caractère agricole qui servent ordinairement de base aux décisions judiciaires »<sup>244</sup>. L'article 988 de l'ancien Code rural conférait une valeur particulière aux usages en droit du travail : ils devaient prévaloir sur les dispositions du contrat de travail et de la convention collective dès lors qu'ils étaient plus favorables. Cette disposition a été supprimée par la loi de modernisation de l'agriculture du 1<sup>er</sup> février 1995<sup>245</sup> et le nombre d'usages a diminué à mesure que les dispositions légales se sont multipliées. Néanmoins certains usages demeurent applicables et permettent encore de déterminer la durée du contrat, celle du préavis ou encore le montant de la rémunération. Les usages varient suivant l'activité du salarié (berger, vigneron, laitier...) et les localités<sup>246</sup>. Ainsi il existe des usages selon lesquels la rémunération en espèces du travailleur doit être complétée par des avantages en nature tels que la jouissance d'un jardin à titre personnel, l'octroi de certaines quantités de vin, de bois... Par exemple, dans le département de l'Ardèche, l'usage veut que les travailleurs agricoles employés aux vendanges bénéficient gratuitement d'une certaine quantité de vin qui varie suivant leur activité :

- les coupeurs reçoivent 1 litre de vin
- les videurs, 2 litres
- les porteurs, 3 litres<sup>247</sup>.

## 2) Les usages d'entreprise

79- Les usages d'entreprise confèrent à la collectivité des salariés, ou une partie de celle-ci, des avantages supplémentaires à ceux issus du contrat de travail, de la convention collective ou la loi. Parfois même le Code du travail envisage l'usage en tant que source de droit. Les exemples sont nombreux (a). La jurisprudence considère néanmoins que l'usage ne peut pas toujours être source de droit (b).

### a) L'usage : source d'avantages et règle supplétive

80- Les usages d'entreprise sont susceptibles d'intervenir dans des domaines très divers. Trois exemples seront donnés en matière : de temps de travail ( $\alpha$ ), de rémunération ( $\beta$ ) et de représentation collective ( $\gamma$ ).

### $\alpha$ ) Usages d'entreprise et temps de travail

---

<sup>243</sup> A. SIMON, « A propos des sources de droit du travail en agriculture », *Revue de Droit Rural* 2000, p. 25 et suiv ; Y. LE LAY, F. PERMINGEAT, « Spécificité territoriale et petits arrangements avec la loi : la place des usages locaux dans l'entretien de la rivière (XIXe-XXe siècles) », *Géocarrefour*, 2008, n°1, p. 45 et suiv.

<sup>244</sup> Article 24 de la loi du 3 janvier 1924 relative aux chambres de l'agriculture, JO 4 janvier 1924, *Le Bulletin législatif Dalloz*, 1924, p. 7 et suiv. disponible sur le site GALLICA.

<sup>245</sup> Loi n°95-95 du 1 février 1995 de modernisation de l'agriculture, JO 2 février 1995, p. 1742.

<sup>246</sup> A. SIMON, « A propos des sources de droit du travail en agriculture », op. cit. p. 32. Voir également la liste des recueils d'usages locaux à caractère agricole, citée par Yves LE LAY, Frédérique PERMINGEAT, « Spécificité territoriale et petits arrangements avec la loi : la place des usages locaux dans l'entretien de la rivière (XIXe-XXe siècles) », op. cit., spéc. pp. 16-18.

<sup>247</sup> Chambre d'agriculture de l'Ardèche, *Recueil des usages locaux du département de l'Ardèche*, 1990, p. 90 ; disponible sur le site Internet de SYNAGRI à l'adresse : [http://rhone-alpes.synagri.com/synagri/pj.nsf/TECHPJPARCLEF/01686/\\$File/Recueil-officiel-usages-locaux-protege.pdf?OpenElement](http://rhone-alpes.synagri.com/synagri/pj.nsf/TECHPJPARCLEF/01686/$File/Recueil-officiel-usages-locaux-protege.pdf?OpenElement).

81- L'organisation des horaires de travail relève du pouvoir de direction de l'employeur. Ainsi, il peut, en principe, librement procéder à leur aménagement<sup>248</sup>. Néanmoins ce pouvoir de direction ne lui permet pas de mettre fin sans préavis, ni information préalable, à une organisation du temps de travail établie dans l'entreprise depuis des années et selon laquelle les salariés ne sont tenus de travailler qu'un samedi sur deux. La Chambre sociale, dans une décision du 16 mars 1989<sup>249</sup> a rejeté un pourvoi à l'encontre du jugement d'un conseil de prud'hommes qui avait relevé l'existence d'un usage en faveur des ouvriers d'un service particulier. Ces derniers, de 1976 à 1983, ne travaillaient qu'un samedi sur deux. L'employeur ne pouvait donc procéder à une retenue sur salaire au détriment des ouvriers qui n'étaient pas venus travailler un samedi alors que l'usage leur permettait d'agir ainsi.

82- De même octroyer aux salariés un temps de pause supérieur à celui prévu par la loi, ou assimiler ce temps de pause à du travail effectif et le rémunérer comme tel<sup>250</sup>, peuvent constituer des usages d'entreprise.

83- L'usage d'entreprise peut également consister en des jours de congés payés supplémentaires<sup>251</sup>. Cette possibilité est d'ailleurs expressément prévue à l'article L3141-10 du Code du travail qui dispose: « *Les dispositions de la présente section ne portent pas atteinte aux stipulations des conventions ou accords collectifs de travail ou des contrats de travail ni aux usages qui assurent des congés payés de plus longue durée* ».

84- En matière de congés payés, l'usage peut également être appelé à jouer un rôle relatif à la détermination de la période des congés payés annuels. En principe la période de prise des congés payés est fixée par conventions ou accords collectifs. L'article L. 3141-13 du Code du travail ajoute : « A défaut de convention ou accord collectif de travail, cette période est fixée par l'employeur en se référant aux usages et après consultation des délégués du personnel et du comité d'entreprise ».

#### **β) Usages d'entreprise et rémunération**

85- L'un des exemples d'usages le plus fréquemment rencontré est l'attribution de primes diverses, telles que les primes d'ancienneté<sup>252</sup>, des primes de « non-accident » versées aux salariés employés par des sociétés de transport<sup>253</sup>, des primes d'assiduité liées à la présence des salariés dans l'entreprise<sup>254</sup> ou des primes de 13<sup>ème</sup> mois<sup>255</sup>.

<sup>248</sup> La jurisprudence distingue la durée et les horaires de travail. Dès lors que la modification des horaires n'a pas pour conséquence une altération de la durée de travail ou d'un élément contractuel, tel que la rémunération, l'employeur peut agir librement. (Voir notamment Cass. soc. 6 oct. 2004, inédit, n° 02-43488). La jurisprudence a néanmoins posé des limites au pouvoir de l'employeur. En particulier la jurisprudence refuse toute modification qui révèle une intention de nuire de l'employeur ou qui bouleverse l'économie du contrat, par exemple en imposant à un salarié le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit.

<sup>249</sup> Cass. soc. 16 mars 1989, n° 86-41619, *Bull. civ. V*, n° 232.

<sup>250</sup> Cass. soc. 6 juillet 2005, n° 04-45037, *Bull. civ. V*, n° 239.

<sup>251</sup> Cass. soc. 3 fév. 2010, inédit, n° 08-42820.

<sup>252</sup> Cass. soc. 23 juin 2009, n° 07-42677, *Bull. civ. V*, n° 159.

<sup>253</sup> Cass. soc. 24 juin 2009, inédit, n° 07-45402. En l'espèce le caractère d'usage d'entreprise n'a pas été retenu en raison de l'absence de caractère de généralité. Cet arrêt ne remet cependant pas en cause la qualification de telles primes en usage mais sanctionne l'arrêt d'appel qui n'a pas caractérisé les 3 critères.

<sup>254</sup> Cass. soc. 3 juin 2009, inédit, n° 08-41579.

86- L'usage peut également prendre la forme d'une prise en charge, par l'employeur, de frais de transport et de cotisations d'assurance mutuelle obligatoire<sup>255</sup>. De même les avantages en nature, tels que la mise à disposition d'un véhicule, peuvent constituer des usages d'entreprise<sup>257</sup>.

87- Le Code du travail se réfère également à l'usage concernant la rémunération (au sens large) des salariés. Il faut en premier lieu souligner que si les modalités de calcul de l'indemnité de congé payé sont prévues par des dispositions légales, celles-ci « *ne portent pas atteinte aux stipulations contractuelles ou aux usages qui assurent des indemnités de congé d'un montant plus élevé*<sup>258</sup>. »

88- De même le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage doit faire l'objet de contreparties. « *Ces contreparties sont déterminées par convention ou accord collectif de travail ou, à défaut, par le contrat de travail, sans préjudice des clauses des conventions collectives, de branche, d'entreprise ou d'établissement, des usages ou des stipulations du contrat de travail assimilant ces temps d'habillage et de déshabillage à du temps de travail effectif*<sup>259</sup>. »

89- Les heures d'équivalence sont un autre exemple de la pertinence de l'usage en matière de rémunération. Certaines activités professionnelles impliquent nécessairement des périodes d'inaction. Pour certaines de ces professions un régime d'équivalence est mis en place soit par décret en Conseil d'Etat, soit par décret pris après conclusion d'une convention ou d'un accord de branche<sup>260</sup>. Ce système permet d'assimiler à la durée légale du travail une durée de présence supérieure. Par exemple, dans le secteur du commerce de détail de fruits et légumes, épicerie et produits laitiers, la durée de présence de 38 heures du personnel affecté à la vente est assimilée à 35 heures de travail effectif<sup>261</sup>. Le seuil de déclenchement des heures supplémentaires n'est plus 35 heures mais 38 heures. Les 3 heures de différence ne sont pas considérées comme du temps de travail effectif, mais elles doivent être « *rémunérées conformément aux usages ou aux conventions ou accords collectifs de travail*<sup>262</sup>. »

#### **y) Usages d'entreprise et représentation du personnel**

90- Le Code du travail permet à l'usage d'améliorer les dispositions légales relatives à deux instances représentatives du personnel : le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Selon l'article L. 2325-4 du Code du travail : « *Les dispositions du présent titre ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables relatives au fonctionnement ou aux pouvoirs du comité d'entreprise résultant d'accords collectifs de travail ou d'usages* ».

91- L'article L 4611-7 ajoute : « *Les dispositions du présent titre ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables concernant le fonctionnement, la composition ou les pouvoirs des comités d'hygiène,*

<sup>255</sup> Cass. soc. 25 avr. 2007, inédit, n° 04-45981. En l'espèce la prime de 13ème mois avait été supprimée par la conclusion d'une convention collective.

<sup>256</sup> Cass. soc. 16 juin 1998, inédit, n° 96-41068.

<sup>257</sup> Cass. soc. 31 janv. 2006, inédit, n° 05-42236.

<sup>258</sup> Article L 3141-25 C. trav.

<sup>259</sup> Art. L. 3121-3 C. trav.

<sup>260</sup> Art. L. 3121-9 C. trav.

<sup>261</sup> Décret n° 2003-1194 du 15 décembre 2003 relatif à la durée du travail dans les commerces de détail de fruits et légumes, épicerie et produits laitiers, JO 17 décembre 2003, p. 21448.

<sup>262</sup> Art. L. 3121-9 al. 2 C. trav.

*de sécurité et des conditions de travail qui résultent d'accords collectifs ou d'usages* ». La loi envisage donc l'intervention de l'usage en matière de composition du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail alors que pour le comité d'entreprise seuls le fonctionnement et les pouvoirs peuvent être améliorés par les usages.

#### **b) Les usages interdits**

92- L'employeur ne peut pas toujours mettre en place des usages d'entreprise. La Cour de cassation refuse que ces derniers soient utilisés afin d'instaurer des mécanismes particulièrement défavorables au salariés ( $\alpha$ ). En outre, liée par une lecture stricte des dispositions du Code du travail, la Chambre sociale rejette parfois les usages qui ne sont pas expressément visés par le Code du travail en tant que source de droit ( $\beta$ ).

#### **$\alpha$ ) Usages d'entreprise et mécanismes défavorables aux salariés**

93- Le principe de faveur permet souvent de résoudre le conflit entre deux normes au bénéfice de celle qui confère le plus d'avantages aux salariés. Cet aspect sera examiné un peu plus loin. Indépendamment de l'hypothèse du concours de l'usage avec une autre norme, on peut se poser la question de l'utilisation par l'employeur de cet instrument afin de mettre en place un certain nombre de mécanismes présentant une utilité pour l'entreprise. L'examen de la jurisprudence tend à prouver que le juge refuse les usages qui permettent d'imposer aux salariés des contraintes qui devraient nécessiter son accord exprès ou, à défaut, un accord des partenaires sociaux.

94- La Cour de cassation a notamment considéré en 1999<sup>263</sup> que l'usage ne permettait plus d'imposer au salarié un essai. Cette position a été entérinée par le législateur<sup>264</sup>.

95- De même la Cour de cassation a repoussé l'usage en tant que source possible d'une convention de forfait de salaire<sup>265</sup>. Le forfait de salaire présente une utilité lorsque le travail d'un salarié comporte l'accomplissement régulier d'heures supplémentaires. Le forfait de salaire permet d'inclure dans la rémunération mensuelle un nombre déterminé d'heures supplémentaires hebdomadaires. Seules les heures supplémentaires effectuées au-delà du nombre prévu seront rémunérées en plus. Selon la Cour « *le paiement des heures supplémentaires selon un forfait ne peut résulter que d'un accord entre les parties (...)* ».

#### **$\beta$ ) Usages d'entreprise implicitement exclus par le Code du travail**

96- Parce que le Code du travail envisage expressément certaines normes en tant que source possible de droit, le fait que ces dispositions légales ne se réfèrent pas à l'usage conduit le juge à rejeter son existence. Cela est particulièrement manifeste en matière de représentation du personnel ou de présence syndicale dans l'entreprise.

97- Ainsi le Code du travail fait référence à l'usage en tant que source d'amélioration de certaines dispositions légales relatives au comité d'entreprise ou au comité d'hygiène, de sécurité et des

<sup>263</sup> Cass. soc. 23 novembre 1999, n° 97-43022, *Bull. civ. V*, n° 448.

<sup>264</sup> Voir n° 62.

<sup>265</sup> Cass. soc., 6 juill. 1999, n° 97-41290, *Bull. civ. V*, n° 324.

conditions de travail<sup>266</sup>. Le Code ne comporte aucune disposition similaire au profit des délégués du personnel. L'article L. 2312-6 dispose : « *Les dispositions du présent titre ne font pas obstacle aux clauses plus favorables résultant de conventions ou d'accords et relatives à la désignation et aux attributions des délégués du personnel.* » La Cour de cassation en a déduit que l'usage ne permet pas de modifier les règles légales relatives aux délégués du personnel<sup>267</sup>.

98- La solution est identique en matière de délégué syndical. L'article L. 2141-10 du Code du travail dispose : « *Les dispositions du présent titre ne font pas obstacle aux conventions ou accords collectifs de travail comportant des clauses plus favorables, notamment celles qui sont relatives à l'institution de délégués syndicaux ou de délégués syndicaux centraux dans tous les cas où les dispositions légales n'ont pas rendu obligatoire cette institution.* » La Chambre sociale en conclut fort logiquement qu'à défaut d'accord collectif, l'usage d'entreprise ne permet pas d'amender les règles légales relatives à la désignation du délégué syndical, même de manière plus favorable<sup>268</sup>.

#### **B - Les rapports de l'usage avec les autres sources**

99- La jurisprudence considère que l'usage est simplement supplétif de volonté et peut être écarté par une convention collective ou un contrat de travail. Cette suppléativité ne peut néanmoins faire échec au principe de faveur (1). L'usage est une norme autonome en droit du travail à laquelle le juge refuse de reconnaître toute valeur contractuelle (2).

##### **1) L'usage : réellement supplétif de volonté ou nécessairement favorable au salarié ?**

100- A l'origine d'un usage, qu'il soit professionnel ou d'entreprise, il existe une pratique. Ce terme neutre ne désigne pas nécessairement un avantage au profit du salarié. Toutefois l'analyse du droit positif révèle que l'usage est aujourd'hui conçu comme un instrument visant à améliorer les conditions de travail du salarié et non plus simplement à pallier les oublis du législateur ou interpréter la volonté des parties.

101- La jurisprudence et la grande majorité des dispositions légales envisagent l'usage comme une source accrue de protection du salarié mais également comme une source supplétive de droit qui ne sera prise en considération qu'à défaut d'autres règles ayant le même objet mais une origine différente. La « suppléativité » de l'usage se manifeste par la terminologie utilisée par le Code du travail lui-même ; « à défaut de » ou « en l'absence » d'un autre instrument (loi, convention collective, contrat de travail), l'usage devra être respecté. En outre la Cour de cassation elle-même a affirmé dans une décision du 19 décembre 1990 que « *l'usage étant par nature supplétif de la volonté des parties, il peut être mis fin à un usage par une convention collective* »<sup>269</sup>. L'usage qu'il soit d'entreprise ou professionnel doit donc s'incliner devant une norme qui lui est hiérarchiquement supérieure : la loi ou la convention collective. Dès lors qu'un tel instrument comporte une disposition ayant le même objet qu'un usage, ce dernier cessant d'être supplétif, ne sera pas pris en considération.

<sup>266</sup> Voir n° 90 et 91.

<sup>267</sup> Cass. soc., 20 juin 2000, n° 99-60153, *Bull. civ. V*, n° 239.

<sup>268</sup> Cass. soc., 20 mars 2001, n° 99-60496, *Bull. civ. V*, n° 101.

<sup>269</sup> Soc. 19 déc. 1990, *Bull. civ. V*, n° 688.

102- Pour autant la jurisprudence écarte cette « supplétivité » puisqu'elle a admis qu'un usage d'entreprise puisse se développer et prévaloir sur une convention collective antérieure dès lors qu'il est plus favorable au salarié que la norme conventionnelle<sup>270</sup>. Qu'en est-il de l'usage professionnel plus favorable que la convention collective ? Est-il, lui, purement supplétif ? Quelques décisions, déjà anciennes, avaient fait prévaloir la convention collective sur l'usage professionnel même plus favorable<sup>271</sup>. Si, à notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de procéder à un revirement de jurisprudence, les décisions les plus récentes permettent de penser que cette ancienne jurisprudence est désormais désuète. En effet, le 27 mars 2001<sup>272</sup>, la Chambre sociale a écarté les dispositions d'un contrat de travail au bénéfice d'un usage professionnel plus favorable au salarié. En l'espèce, il était d'usage, dans le département du Rhône, qu'un concierge d'immeuble bénéficie du remboursement de la taxe d'habitation afférente à son logement de fonction. Le contrat de travail de la salariée excluait ce remboursement et la cour d'appel, ayant constaté que l'usage professionnel est simplement supplétif et non impératif, avait écarté l'usage pourtant plus favorable. L'arrêt fut cassé par la Chambre sociale. Cette décision est intéressante car d'une part sa solution pourrait être transposée à l'hypothèse d'un conflit entre une convention collective et un usage professionnel et d'autre part en raison de son attendu de principe : « *Vu le principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* ». Un tel attendu est de nature à justifier la primauté de l'usage professionnel sur les normes conventionnelles.

103- Pour abonder dans le sens de M. FROSSARD<sup>273</sup>, soulignons que l'usage (professionnel ou d'entreprise) n'est pas parfaitement supplétif de volonté. La loi et le juge lui assignent plus comme objectif une amélioration des conditions de travail du salarié qu'un réel rôle supplétif. Toutefois il ne faut pas en conclure que le conflit entre un usage et une autre norme, se résout nécessairement en faveur du salarié. La rédaction de certains articles du Code du travail est de nature à exclure l'usage même dans l'hypothèse où il procure plus d'avantages au salarié. A titre d'exemple l'article L. 1237-1 du Code du travail, relatif au préavis de démission, conduit à exclure les usages dès lorsqu'il existe une stipulation conventionnelle concernant le délai-congé que doit respecter le salarié<sup>274</sup>.

## 2) L'usage : un élément non-contractualisé de la relation de travail

104- La décision de la Cour de cassation du 16 décembre 1976<sup>275</sup> aurait pu faire naître un doute quant à la nature juridique de l'usage. Admettre que l'usage se transmet au nouvel employeur comme les contrats de travail, aurait dû permettre d'aboutir à la contractualisation de ces derniers. Seule la force obligatoire des contrats devrait être à même de justifier ce transfert. L'analyse de la jurisprudence révèle pourtant une solution inverse. De manière récurrente, la Chambre sociale rappelle que « *l'usage ne s'incorpore pas au contrat de travail*<sup>276</sup> ». Il demeure donc une source autonome. L'enjeu de la distinction entre usage et élément contractuel devient crucial lorsque l'employeur souhaite modifier ou supprimer l'un des éléments de la relation de travail. Si le salarié bénéficie d'un avantage au titre de l'usage, l'employeur peut unilatéralement y mettre fin, après

<sup>270</sup> Soc. 26 mai 2004, inédit, n° 03-42218.

<sup>271</sup> Cass. soc. 20 janv. 1971, n° 69-40608, *Bull. civ. V*, n° 37 ; Cass. soc. 26 octobre 1979, n° 78-41147, *Bull. civ. V*, n° 797.

<sup>272</sup> Cass. soc. 27 mars 2001, n° 98-44292, *Bull. civ. V*, n° 106.

<sup>273</sup> S. FROSSARD, « La supplétivité des règles en droit du travail », *RDT* 2009, p. 83.

<sup>274</sup> Voir n° 75.

<sup>275</sup> Voir n° 38 et suiv.

<sup>276</sup> Cass. soc., 10 janv. 1985, n° 81-42801;

avoir respecté la procédure de dénonciation. En revanche, les éléments contractuels doivent être modifiés d'un commun accord. Depuis sa célèbre décision du 10 juillet 1996<sup>277</sup>, la Cour de cassation se réfère à la distinction entre ce qui relève du socle contractuel, et ne peut être modifié unilatéralement, et les simples conditions de travail, que l'employeur peut amender sans avoir recueilli l'autorisation du salarié. Dans l'hypothèse où l'employeur passe outre et tente d'imposer une modification du contrat de travail, le salarié peut prendre acte de la rupture du contrat de travail et obtenir des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>278</sup>.

105- Outre le fait que la distinction entre contrat et conditions de travail n'est pas toujours chose aisée, la question de la contractualisation des usages s'est posée en pratique. Certes, la jurisprudence maintient l'attendu du principe selon lequel « *l'usage ne s'incorpore pas au contrat de travail* ». Il n'en demeure pas moins que dans certaines hypothèses, elle a admis la contractualisation de l'usage en se référant à la volonté des parties. A titre d'exemple, si un employeur octroie des primes au titre d'un usage, puis incorpore certaines d'entre elles dans le salaire de base, les sommes incorporées sont contractualisées<sup>279</sup>. L'analyse de la commune intention des parties se révèle être une tâche délicate. La seule référence, dans un contrat de travail, aux usages en vigueur dans l'entreprise, ne confère pas à ces derniers une nature contractuelle<sup>280</sup>. Le juge considère en outre que le fait pour l'employeur de solliciter l'avis des salariés sur la suppression d'un usage n'implique nullement une volonté antérieure de contractualisation<sup>281</sup>.

106- Si les attendus de principe de la Cour de cassation sont dépourvus d'ambiguïté, leur application concrète n'est pas aisée. Dans une décision du 24 septembre 2008<sup>282</sup>, la Cour de cassation a censuré un arrêt d'appel qui avait retenu la qualification contractuelle concernant trois primes versées depuis fort longtemps à certains salariés. L'employeur accordait une prime exceptionnelle depuis 1969, une prime d'assiduité depuis 1985 et une prime de vacances depuis 1986. Ces trois primes figuraient aux bulletins de paye. A la suite de difficultés économiques l'employeur supprima ces primes. Les bénéficiaires saisirent le juge pour obtenir la condamnation de l'employeur au versement de ces sommes. Deux qualifications étaient envisageables : l'usage et l'élément contractuel. La cour d'appel, après avoir constaté que les critères de généralité et de fixité faisaient défaut, s'est tournée vers la seconde possibilité : la contractualisation. La régularité et la durée du versement étaient de nature à justifier, selon elle, une telle solution. Au visa de l'article 1134, la Chambre sociale casse l'arrêt d'appel : « *Qu'en statuant ainsi, par des motifs qui ne caractérisent pas la commune intention des parties quant à l'incorporation des primes au contrat de travail, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

107- Une telle solution révèle un malaise du juge à l'égard d'éléments de la relation de travail existant depuis un grand nombre d'années et qui n'entrent ni dans la catégorie de l'usage, ni dans celle d'élément contractuel. La doctrine peut, en écho à l'arrêt fort équitable de la cour d'appel, se demander ce qui est réellement contractuel et ce qui ne l'est pas. Comment un élément de la

<sup>277</sup> Cass. soc., 10 juill. 1996, n° 93-41137 et n° 93-40966, *Bull. civ. V*, n° 278; Ph. WAQUET, « Modification du contrat de travail et changement des conditions de travail », *RJS* 1996, p. 791 et s.

<sup>278</sup> Cass. soc., 6 juill. 2004, inédit, n° 02-42642 ; Cass. soc., 13 juill. 2005, inédit, n° 03-45247.

<sup>279</sup> Cass. soc., 11 juill. 2006, inédit, n° 05-41177.

<sup>280</sup> Cass. soc., 11 janv. 2000, n° 97-44148, *Bull. civ. V*, n° 17; Cass. soc., 2 mai 2001, n° 99-41264, *Bull. civ. V*, n° 143 ; Cass. soc., 7 juill. 2004, inédit, n° 02-42112.

<sup>281</sup> Cass. soc., 16 nov. 2005, n° 04-40339, *Bull. civ. V*, n° 329.

<sup>282</sup> Cass. Soc. 24 sept. 2008, inédit, n° 07-42488.

rémunération peut avoir été maintenu de si nombreuses années, s’il n’existait pas, du moins implicitement, une volonté des parties de conserver ces primes ?

108- Même à admettre que ces éléments *sui generis*, qui ne seraient alors que des libéralités, et que les avantages résultant des usages ne soient pas contractualisés, un juriste pourrait souligner l’absence de cohérence entre cette jurisprudence qui refuse la contractualisation et les décisions de la Cour de cassation relatives à la modification de la rémunération. La rémunération est l’un des éléments du socle contractuel. Le juge considère que l’employeur ne peut modifier unilatéralement ni son montant, ni sa structure<sup>283</sup>. Néanmoins certaines décisions de la Chambre sociale conduisent leur lecteur à se demander si dans certaines hypothèses la Cour de cassation n’est pas encline à admettre la contractualisation implicite d’un élément de la rémunération. La décision du 15 décembre 2004 en est un exemple<sup>284</sup>. Le contrat de travail d’une salariée stipulait que sa rémunération serait constituée d’une part fixe et d’un intéressement calculé en pourcentage du chiffre d’affaires du magasin qu’elle dirigeait. Seuls ce pourcentage et la part fixe avaient été convenus dans le contrat de travail, de sorte que le montant global de la rémunération n’avait jamais été déterminé. A la suite d’une mutation dans un autre établissement, en application d’une clause mobilité, le montant global de la rémunération diminuait en raison du chiffre d’affaires plus faible du nouveau magasin. L’employeur soulignait que la rémunération n’avait pas été modifiée : ni la part fixe, ni le mode de calcul. La Cour de cassation rejeta cet argument au motif que « *la mise en œuvre d’une clause de mobilité ne peut être imposée au salarié lorsqu’elle entraîne une réduction de sa rémunération* ». Cette décision vise bien le montant global de la rémunération or ce montant n’avait jamais été fixé dès l’origine. Cette solution ne s’explique que si le juge considère que le montant de la rémunération a été implicitement contractualisé.

109- La juxtaposition de cette décision avec l’arrêt précité de 2008 et le refus de la contractualisation des usages met en lumière un manque d’harmonie entre d’une part une jurisprudence qui semble admettre la contractualisation implicite et d’autre part un autre courant prétorien qui la refuse.

---

<sup>283</sup> Les exemples abondent en la matière. Constituent une modification de la rémunération : le remplacement de la partie variable du salaire par une prime d’objectif (Cass. soc., 11 juin 2008, inédit, n° 07-40658), ou la réduction de l’indemnité kilométrique contractuelle (Cass. soc., 3 mars 1993, inédit, n° 89-41504).

<sup>284</sup> Cass. soc. 15 déc. 2004, n° 02-44714, *Bull. Civ. V*, n° 336.

### A LA RECHERCHE DE LA COUTUME EN DROIT COMMERCIAL...

*Jean-François RIFFARD<sup>285</sup>,  
Maître de conférences de droit privé*

#### I – La coutume commerciale : une réalité cachant son nom ?

##### A – Etiquette et substance

Coutume et usages

Coutume ne serait pas usage

Coutume n’est pas forcément usage

L’usage commercial : entre fait et droit

##### B – Diversités substantielles et terminologiques

Usages de droit

#### II – Le mode de production des usages de droit

##### A - L’usage de droit consacré par le juge : laisser le temps au temps...

De l’usage conventionnel à l’usage de droit

##### B - L’usage de droit créé spontanément par la pratique : de faux usages de droit ?

Usages ou normes professionnelles

#### III – La force des usages dans le cadre du litige

##### A – L’applicabilité directe des usages

L’usage comme base légale

Usage et arbitre

##### B – L’usage de droit : une norme à usage réservé



Existe-t-il vraiment une coutume commerciale ? Le terme de coutume a-t-il sa place en droit commercial ou s’agit-il d’un mot – voire d’un concept - réservé aux seuls civilistes les plus experts ?

De prime abord, le seul fait de se poser cette question peut surprendre tant il semble naturel de rencontrer la notion de coutume en droit commercial. N’a-t-on pas pour coutume de dire que le droit

<sup>285</sup> Maître de Conférences des Universités, HDR - Faculté de Droit, Université d’Auvergne – Clermont Ferrand I. Délégué Français auprès de la CNUDCI (Groupe VI).

Cet article est la version écrite d’une communication présentée le 3 décembre 2010 dans le cadre du cycle de conférences sur la coutume organisé par l’Ecole Doctorale de Droit l’Université d’Auvergne.

commercial, que ce soit dans sa dimension nationale ou internationale<sup>286</sup>, est un droit pragmatique, fonctionnaliste et réaliste, offrant un espace de liberté dans lequel la pratique aurait tout loisir de laisser libre cours à son imagination fertile ? Il constituerait ainsi le domaine de prédilection pour la formation de règles et pratiques extralégales à la force plus ou moins contraignante. Un auteur<sup>287</sup> n'avait-il pas, en son temps caractérisé, au sein de cette matière, « l'existence d'un flux ininterrompu et incontrôlé de normes qui s'autojustifie par la nécessité de s'adapter aux faits économiques et aux besoins nouveaux » ? Il n'y aurait donc aucune objection *a priori* conceptuelle, à retrouver en droit commercial dans ce flux de normes, des règles coutumières au sens classique du terme. Bien plus, il serait tout à fait légitime de penser que cette coutume commerciale constitue une pièce essentielle de la matière, une source de droits, voire de Droit, incontournable.

Pourtant, un jeune étudiant qui souhaiterait dans le cadre de ses études s'intéresser à cette « coutume commerciale » ne manquera pas d'être surpris. Après quelques recherches, il risque de ne trouver nulle trace du terme de « coutume commerciale » dans la plupart des ouvrages de droit commercial. Cette absence de toute référence à la coutume n'est-elle que le reflet d'une simple question terminologique, ou dissimule-t-elle un problème substantiel plus profond ?

Afin de répondre à cette question, nous nous proposons de nous lancer, brièvement, à notre tour, à la recherche de cette mystérieuse coutume commerciale en abordant non pas deux aspects, mais trois, rompant ainsi, par coquetterie, avec la coutume universitaire. Il s'agira dans un premier temps de clarifier la question terminologique (I) avant d'envisager le processus d'élaboration (II) et la force (III) des règles coutumières commerciales si tant est qu'elles existent.

#### **I – La coutume commerciale : une réalité cachant son nom ?**

La recherche de la coutume commerciale suppose que l'on s'aventure dans la jungle des termes utilisés par la doctrine pour décrire ce qui semble de prime abord, être un seul et même phénomène. Ce flou terminologique est-il purement formel ou le reflet d'un débat plus substantiel (A) ? Que recouvrent alors les différents termes utilisés (B) ?

#### **A – Etiquette et substance**

**Coutume et usages** - Dans sa recherche de la coutume en droit commercial, notre jeune étudiant sera naturellement amené à débiter son enquête en consultant les index des<sup>288</sup> principaux ouvrages de droit commercial, voire du Code de commerce lui-même. Il risque alors d'être déçu. En effet, l'index du Code de commerce n'indique aucune entrée au mot « coutume ». Et pour cause puisqu'aucun article de ce Code ne fait référence à ce terme. Il pourra penser avoir plus de chance avec la consultation des principaux manuels de droit commercial, et notamment du Traité de droit commercial de G. RIPERT<sup>289</sup>. En effet, l'index de l'ouvrage mentionne bien la coutume. Mais sa joie ne

<sup>286</sup> E. Loquin, La réalité des usages du commerce international, *RIDéconomique*, 1989, n°2 p. 163

<sup>287</sup> B. OPPETIT, L'expérience française de codification en matière commerciale, D. 1990, chron. 1.

<sup>288</sup> Parmi les nombreuses occurrences, on peut citer l'article L442-6 du Code de commerce qui fait référence aux usages du commerce s'agissant de la durée du préavis de rupture d'une relation commerciale, l'article L511-15 de même Code s'agissant le refus d'acceptation du tiré d'une lettre de change qui ne peut plus être donné après l'expiration d'un délai conforme aux **usages normaux du commerce** ou enfin l'article L145-14 qui vise, en matière de bail commercial, la notion d'usage de la profession.

<sup>289</sup> Notamment dans sa 10<sup>ème</sup> édition de 1979

sera que de courte durée puisque l'occurrence renvoie, en fait, à un paragraphe intitulé « des usages » dans lequel le mot coutume n'apparaît jamais. Mais ce dernier point constitue sans doute un point de départ. Si le terme coutume ne semble pas avoir droit de cité dans les ouvrages, en revanche, celui d'usage est abondamment utilisé<sup>290</sup>. Dès lors, le renvoi fait par le Doyen Ripert ne serait-il pas la clé de l'énigme ?

A la réflexion, il se pourrait que coutume et usage ne fassent qu'un, les deux termes étant simplement synonymes, chacun décrivant le même phénomène dans un domaine particulier, la coutume en droit civil et l'usage en droit commercial ? C'est d'ailleurs à cette conclusion qu'avait abouti Ph. Fouchard<sup>291</sup> lorsqu'il écrivait « la coutume proprement dite a perdu toute consistance en droit commercial et c'est le terme d'usage, qui est employé pour désigner le phénomène coutumier ». Dans son sillage, bon nombre d'autres auteurs ont souligné le caractère artificiel et inutile de la distinction et prônent l'utilisation indifférenciée des deux mots, avec une préférence marquée pour le terme « usage ». Il s'agirait alors d'un simple problème d'étiquettes, simple reflet de la richesse du vocabulaire français et de la manie des juristes d'utiliser les synonymes par crainte de la répétition.

**Coutume ne serait pas usage** - Une telle conclusion n'est toutefois guère satisfaisante, car manifestement trop simple pour décrire la réalité. En premier lieu, l'utilisation générique du terme « usage » est particulièrement discutable dans la mesure où ce terme, polysémique et amphibologique, va désigner à la fois la pratique et la norme... ce qui rend illusoire toute tentative pour dégager une conception unitaire de l'usage.

En second lieu, l'utilisation du terme usage permettrait d'atteindre une cohérence qui ne serait que de façade, et bien trompeuse. En effet, l'usage ne forme pas une catégorie homogène et unitaire de normes. Il existe au contraire dans la pratique et la littérature juridique, une très grande diversité d'usages<sup>292</sup> : usage du commerce, usage de commerce, usage conventionnel, usage de droit, usage de fait, usage des parties, etc...

Ce constat est dès lors de nature à remettre en cause, notre première impression selon laquelle usage et coutume ne seraient en fait qu'une seule et même chose. L'on pressent rapidement qu'une question bien plus substantielle se cache derrière cette querelle de mots. La différence entre coutume et usage se doit d'être marquée et ce d'autant qu'elle touche au mystère de la formation du Droit.

Il convient donc de revenir sur ces deux notions, et notamment sur les origines de l'utilisation du terme d'usage, lequel est manifestement le plus usité en droit commercial<sup>293</sup>.

Apparue historiquement pour distinguer les règles spontanées rédigées des règles non rédigées, la distinction entre les termes d'usage et de coutume allait prendre une dimension particulière sous la plume du Doyen Geny<sup>294</sup>. Souhaitant redorer le blason de la coutume en tant que source du droit à part entière, il a été conduit, pour contourner l'obstacle de la lettre des articles 1159 et 1160 du

<sup>290</sup> Près d'une quinzaine d'occurrences pertinentes

<sup>291</sup> Ph. FOUCHARD, Les usages, l'arbitre et le juge, *in* Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman, 1982, Litec, p. 67 et s., spéc. p. 68

<sup>292</sup> B. OPPETIT, Sur la coutume en droit privé, *Droits* 1986, n° 3, p. 39 et s.

<sup>293</sup> M.S.M. MAHMOUD, v° Usages commerciaux, répertoire Dalloz droit commercial, spéc. 7 s.

<sup>294</sup> F. GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. 1, 1954, LGDJ p. 376 s.

Code civil, à affirmer que les usages, ne pouvaient être que des usages conventionnels et en aucune manière de véritables règles de droit.

Alors qu'elle avait pour vocation à réaffirmer la place de la coutume comme règle de droit à part entière, cette nuance formelle<sup>295</sup> allait paradoxalement sonner le glas de toute référence à la notion de coutume en droit commercial.

Allant encore plus loin, Escarra<sup>296</sup> n'avait entendu conférer à l'usage, quel qu'il soit, qu'une simple valeur conventionnelle, s'agissant d'une création purement extra légale. Cette conception, fondée sur le paradigme positiviste le plus exacerbé, devait aboutir nécessairement à dénier toute reconnaissance des usages commerciaux en tant que règles coutumières au sens civil du terme. Un usage parce qu'il est le reflet de ce « qui est » et non de ce « qui doit être », ne pourrait jamais devenir une règle de droit. Mais, très vite, l'auteur s'est trouvé confronté à la réalité, et à l'existence d'usages dont il était difficile de nier qu'en pratique, ils avaient une autorité telle qu'il était impossible de ne leur reconnaître qu'une simple nature conventionnelle... Une telle conception a été reprise récemment par un auteur<sup>297</sup> qui a tenté de démontrer que les usages, en matière commerciale, ne peuvent en aucun cas constituer des règles coutumières pour la simple raison qu'ils ne peuvent être des règles de droit.

Cette thèse n'est toutefois pas partagée par la majorité de la doctrine. A l'inverse, le Doyen Marty considérait quant à lui que les règles et pratiques extra-légales de par la généralisation de leur application à un grand nombre d'opérateurs sont le plus souvent extérieures aux parties, et doivent donc être élevées au même rang que les normes objectives, avec qui elles partagent la nature.

En fait, et comme souvent, il semblerait que la vérité se trouve à mi-chemin entre ces deux théories extrêmes<sup>298</sup>. En droit français, l'article 1135 du Code civil est lui aussi très révélateur de cette situation ambiguë des usages dans l'ordonnement juridique : en décidant que « les conventions obligent... à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature », le législateur indique à la fois que l'usage complète et dépasse la volonté contractuelle exprimée, qu'il s'impose avec et comme la convention, sans pourtant avoir besoin pour cela de l'assentiment des parties.

**Coutume n'est pas forcément usage** – La richesse des pratiques et normes extralégales en droit commercial rend illusoire toute tentative de définition unitaire. Qu'il s'agisse du terme coutume ou usage, aucun des deux ne permet de refléter fidèlement la réalité. Il convient donc de distinguer selon la nature et l'intensité des normes extra légales rencontrées.

Sur le plan substantiel, il existe en effet à la fois des règles extralégales qui ne seraient que des pratiques intégrées à des contrats commerciaux auxquels les parties pourront s'être expressément ou implicitement référées, et des règles extralégales que le juge a entendu, à travers ses décisions, soumettre à un régime identique à celui des lois.

<sup>295</sup> P. DEUMIER, v° Coutume et usage, Répertoire de Droit civil, Dalloz, 2003.

<sup>296</sup> ESCARRA, De la valeur de l'usage en droit commercial, Ann. dr. com. 1910. 97

<sup>297</sup> A KASSIS, Théorie générale de l'usage de commerce, LGDJ 1984

<sup>298</sup> M. PÉDAMON, Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ?, RTD com. 1959. 335

Reste à déterminer l'étiquette que l'on colle à chacune de ces catégories. Il est certain que la première catégorie ne peut recevoir la qualification que d'usage conventionnel. Quant à la seconde, il est bien certain qu'une fois passé sous les fourches caudines du juge ou du législateur, l'usage prend une autre dimension et se voit conférer une valeur obligatoire. Ces usages tiraient alors donc leur force non pas tant de la simple *opinio juris seu necessitatis*, comme l'affirmait Gény, mais bien leur consécration par la jurisprudence ou la loi comme le soutient, à la suite de Lambert, une partie de la doctrine moderne<sup>299</sup>.

De par la force normative reconnue alors à ces usages, devenus ainsi norme objective, il est commun de les désigner alors par le terme d'usages de droit. Mais force est alors de constater que, par nature, ces usages de droit ne présentent aucune différence avec la coutume civiliste. Coutume et usage de droit seraient alors deux étiquettes distinctes décrivant la même réalité. Mais reste alors une question : comment expliquer ce changement terminologique ? Plusieurs explications ont pu être apportées. La première serait d'ordre psychologique. Selon un auteur, en changeant de registre terminologique, on s'est débarrassé du terme « passéiste » de coutume<sup>300</sup>, marquant ainsi la modernité du droit commercial.

**L'usage commercial : entre fait et droit** - En définitive, si le terme usage l'a emporté sur celui de coutume en droit commercial, c'est toutefois une victoire en trompe l'œil. Elle n'est effective que sur le plan terminologique. Sur le plan de la substance, la distinction se retrouve, dans la mesure où l'usage en matière commerciale est toujours écartelé entre la loi et le contrat, entre le droit et le fait, entre usage de droit, règles de droit et les usages de fait, purement conventionnels. Selon la majorité de la doctrine actuelle, il n'y aurait donc pas, entre ces deux catégories de règles spontanées que sont la coutume et l'usage de droit, règle de droit, une différence de nature, mais une simple différence de degré. Coutume civile et usage de droit en matière commerciale répondent aux mêmes exigences et bénéficient de la même force, mais n'ont pas la même sphère d'influence. Cette différence explique la rareté et la fixité des « coutumes civiles », qui peuvent plus difficilement se diffuser dans l'ensemble d'une société disparate, contrastant avec la vivacité et la variété des « usages », développés dans des groupes plus cohérents.

#### **B – Diversités substantielles et terminologiques**

Notre propre droit positif reconnaît la valeur de ces usages, notamment à travers l'article 1135 du Code civil, et surtout 1496 du Code de procédure civile, lequel dispose que l'arbitre tient compte dans tous les cas des usages. Encore faut-il savoir ce que l'on entend par usage. Car, comme nous l'avons vu précédemment, il y a usage et usage.

A cet égard, il est commun d'opposer l'usage des parties, l'usage **de** commerce, et enfin l'usage du commerce, véritable usage de droit. Il est à noter que cette distinction n'est pas propre au droit

<sup>299</sup> É. LOQUIN, La réalité des usages du commerce international, RID éco. 1989. 163

<sup>300</sup> A. PIROVANO, Introduction critique au droit commercial, RTD com. 1985. 220 et s., spéc. p. 257

français. Elle a été notamment parfaitement illustrée par l'article 1.205 de l'*Uniform Commercial Code* américain<sup>301</sup>.

Reste à déterminer quels vont être les critères permettant de distinguer ces trois catégories d'usages. Comme l'a fait remarquer très justement un auteur<sup>302</sup>, l'ensemble des usages s'appuie sur un élément de fait, la pratique. Ils se distinguent toutefois les uns des autres en fonction de l'intensité de cette pratique, et notamment de sa sphère d'influence, de sa qualité et surtout de sa reconnaissance par une autorité légitime. Tels seraient donc les critères permettant de distinguer les usages, et de les classer en fonction de leur force normative.

L'usage qui présente la force normative la plus faible, est sans conteste l'usage des parties, lequel peut se définir comme une série d'agissements identiques et répétitifs au sein d'une relation contractuelle ou d'affaires donnée. Il s'agit en général d'habitudes établies dans leurs relations d'affaires par un cercle restreint de cocontractants ou d'opérateurs. Un tel usage – il serait plus judicieux de parler alors de pratique - ne peut dès lors s'appliquer que dans le cadre des relations particulières entre les deux parties qui l'ont établi. Il servira ainsi par exemple à interpréter la volonté des parties... Dès lors, l'usage des parties est bien évidemment dénué de toute valeur normative et ne saurait constituer une règle de droit, dans la mesure où il est insusceptible de généralisation. Ce n'est qu'un usage conventionnel.

L'usage **de** commerce quant à lui, va présenter une force normative plus importante dans la mesure où sa sphère d'influence, sans être générale, va dépasser toutefois le cadre strict du contrat ou de la relation d'affaire. Ce type d'usage est généralement défini comme une pratique, une série d'agissements ou une habitude observée si régulièrement dans un lieu, une profession ou une branche de commerce que l'on peut légitimement s'attendre à ce qu'elle soit observée dans la transaction en question. Les parties sont présumées s'être tacitement référées à ces usages, lorsqu'aucune clause expresse du contrat n'en dispose autrement. Cette notion d'usage de commerce a été consacrée par la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises en son article 9. Selon cet article, "Sauf convention contraire, les parties 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". Il s'agit donc là d'un usage si répandu qu'il est susceptible de généralisation, et donc d'aspirer à devenir une véritable règle de droit applicable par le juge ou l'arbitre. Il a ainsi vocation à passer du statut d'usage de commerce, à celui d'usage du commerce, véritable usage de droit.

Enfin, à l'autre bout du spectre, se trouvent les **usages de droit** qui présentent la caractéristique d'être véritablement obligatoires, car assimilés à de véritables règles de droit. Ils tirent cette force normative soit du renvoi opéré expressément et directement par la loi, soit, en ce qui nous intéresse ici, de sa consécration par la jurisprudence, sans passer par le détour de la volonté présumée des

<sup>301</sup> § 1-205. *Course of Dealing and Usage of Trade*.

(1) A course of dealing is a sequence of previous conduct between the parties to a particular transaction which is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct.

(2) A usage of trade is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage are to be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a written trade code or similar writing the interpretation of the writing is for the court.

<sup>302</sup> P. MOUSSERON, Faut-il distinguer les usages du commerce international des usages du commerce ? RJ Com. 2011 p. 21s.

parties. Dans un arrêt récent<sup>303</sup>, la Cour de cassation a pu rappeler qu’une telle consécration ne pouvait s’opérer que si trois conditions étaient réunies, à savoir, l’application de l’usage à « *des professionnels exerçant dans le même secteur d’activité* », son caractère « *ancien et constant* » et sa localisation sur une place commerciale ou un marché précis.

Ce sont bien évidemment, ces usages de droit qui vont constituer ce qu’il conviendrait d’appeler la véritable coutume commerciale. La valeur de ces usages est, en principe, celle d’une loi supplétive s’appliquant de droit aux conventions, à moins d’avoir été expressément écartée. Mais, il est aussi parfois des usages de droit qui vont pouvoir s’appliquer *contra legem*, et notamment ceux qui veulent qu’en matière commerciale, la solidarité se présume, nonobstant les termes contraires de l’article 1202 du Code civil, ou présumant l’anatocisme en matière de compte bancaire, nonobstant la règle de 1154 du même code. Il est enfin possible parfois de rencontrer des usages qualifiés d’impératifs, c’est-à-dire s’imposant aux parties malgré toute convention contraire, mais cela sera seulement dans le cas où une loi impérative reprend un usage ou y renvoie.

#### II – Le mode de production des usages de droit

L’usage ne deviendra donc un usage de droit qu’une fois que le juge – ou la loi - aura accepté de l’élever à ce rang, en lui conférant ainsi une sorte de certificat de normativité. Généralement, il ne le fera que si l’usage présente des caractéristiques se rapprochant de celles reconnues à règle de droit, à savoir ancienneté, stabilité et vocation à la généralisation. Ceci implique nécessairement un processus de maturation s’inscrivant dans la durée (A). Mais parfois, ce processus est écarté, l’usage pouvant devenir norme quasiment instantanément (B).

#### A - L’usage de droit consacré par le juge : laisser le temps au temps...

**De l’usage conventionnel à l’usage de droit** - En principe, le juge ne pourra ériger une pratique en usage de droit qu’à la condition que celle-ci présente, nous l’avons vu, un certain degré de maturité, une notoriété certaine, et fait l’objet d’un large consensus parmi les opérateurs. Ces caractères supposent un long processus, soulignant l’importance du facteur temps dans l’élaboration de l’usage de droit. Pour qu’il y ait usage, il faut que la pratique qui lui sert de support devienne une pratique de masse dans un secteur ou un domaine particulier. Pratique contractuelle, qui se généralise peu à peu. Petit à petit, l’usage va se détacher de la sphère contractuelle, se détacher de la volonté des parties. Lorsqu’il est suffisamment mur, il va être cueilli par le juge qui généralement va pouvoir le consacrer en le généralisant au-delà de la volonté supposée des parties. L’usage se voit alors conférer un caractère impératif pur et simple. Mais pour que les juges ou arbitres reconnaissent et généralisent une pratique encore faut-il qu’ils en aient connaissance et qu’ils puissent en apprécier les caractères. En pratique se posera alors, la question de la preuve.

Il est à noter que cette question ne se posera plus dès lors que l’usage aura été érigé en usage de droit, car il se verra alors assimiler à une véritable règle de droit, supposée être connue de tous, et notamment des juges et arbitres en vertu de l’adage *Jura novit curia*.

La preuve de l’usage ayant vocation à devenir un usage de droit, ne diffère pas de celle des usages conventionnels. La preuve de leurs existences et de leur caractère incombe aux parties, et sera

---

<sup>303</sup> Cass. com. 13 mai 2003, D. 2004. 414, note J.-M. Bahans et M. Menjucq

généralement libre dans la mesure où celles-ci seront commerçantes<sup>304</sup>. Le plus souvent les parties auront recours à ce type de preuve spécifique que sont les parères, lesquels se présentent le plus souvent sous la forme d’attestations émanant de personnes qualifiées<sup>305</sup>. Parfois, la preuve sera facilitée par l’établissement, par les organisations professionnelles, de Codes d’usages qui vont compiler les usages existant et permettre ainsi à tout intervenant dans un secteur d’activité d’en avoir connaissance<sup>306</sup>.

Ce schéma de formation de l’usage est de plus en plus contesté en pratique aujourd’hui. En effet, le facteur temps qui semblait consubstantiel à la notion tend à s’estomper au profit de l’immédiateté, l’autorité de l’usage de droit devenant alors spontanée.

#### **B - L’usage de droit créé spontanément par la pratique : de faux usages de droit ?**

L’examen de la réalité du commerce international fait toutefois apparaître l’existence d’usages qui ont manifestement une valeur normative sans pour autant en avoir la maturité nécessaire à leur reconnaissance en tant que règle de droit. Dans certains cas, existe en effet, une création spontanée de l’usage qui va acquérir, concomitamment à son apparition, quasi immédiatement, une force obligatoire.

Ce phénomène avait été magistralement décrit par le Doyen Jean Stoufflet – auquel il serait inconvenant de ne pas rendre hommage dans le cadre de cette manifestation - à propos des Règles et usances de la Chambre de commerce internationale (CCI). Ces règles ont le plus souvent valeur de normes de droit objectif, sans que le processus d’élaboration classique de la coutume ait été suivi et respecté. Comment expliquer ce résultat, et surtout quelle légitimité reconnaître à ces usages dont on ne sait s’ils méritent la qualité d’usage de droit ?

La CCI, organe purement privé, a depuis longtemps compilé officiellement les usages dans certains secteurs d’activités. Ont été ainsi élaborées sous son égide, dès le congrès de Vienne de 1933, les Règles et Usances Uniformes (RUU) relatives aux crédits documentaires, ainsi que les Règles et Usances Uniformes relatives aux encaissements ou encore aux garanties contractuelles.

Il ne fait aucun doute que ces RUU ont en pratique la force de véritables usages de droit, puisque la Cour de Cassation s’y réfère régulièrement. A cet égard, la jurisprudence a eu l’occasion de rappeler que les Règles et Usances, loin de n’être que de simples recommandations, constatent des usages dont il est bien établi qu’ils constituent, en matière commerciale, une source de droit à tel point qu’ils s’appliquent en l’absence de toute référence expresse des parties, dès lors au moins qu’elles n’ont pas écarté leur application sur tel ou tel point.

L’assimilation des RUU aux usages de droit supplétifs permet surtout d’assurer l’application des Règles même dans l’hypothèse, très rare il est vrai en pratique, où il n’y a pas été fait référence dans la convention.

Mais cette assimilation est-elle, d’un point de vue juridique, légitime et fondée ? La question mérite

<sup>304</sup> Art. L110-3 du Code de commerce.

<sup>305</sup> Cass. Com. 9 janvier 2001, n°97-22668, faisant référence aux attestations émanant de la Chambre des Métiers de la Gironde et du Groupement des lamineurs et fileurs d’aluminium.

<sup>306</sup> Cass. com. 19 février 2002 n°97-21604 faisant référence au Code des usages en matière d’illustration photographique.

### Numéro 2 - mars 2013

d’être posée. En effet, il s’avère à l’examen, que le mécanisme d’élaboration des normes de la C.C.I. ne reproduit pas exactement le processus classique de formation des usages notamment des usages commerciaux. L’usage classique a un caractère spontané et son autorité n’est acquise que par la répétition dans un milieu donné ou une profession d’un comportement semblable.

Ce n’est qu’en partie vrai pour les « Règles » de la C.C.I. Certes, elles constatent les pratiques en une matière donnée et dans cette mesure la C.C.I., lorsqu’elle les publie, fait une œuvre comparable à celle des auteurs de parères.

Mais on constate très vite à l’étude que la CCI n’a pas un rôle purement passif de constatation et d’enregistrement.

D’abord, ainsi qu’on l’a déjà souligné, la C.C.I. a entrepris à travers ces règles une unification internationale des pratiques. Les Règles constatent les usages nationaux là où ils sont uniformes et formulent une solution moyenne acceptable par le plus grand nombre et si possible par tous quand ils ne concordent pas. Ainsi, pour partie au moins, les normes de la C.C.I. sont *créées* par elle. Il y a aussi création dans la mesure où la C.C.I. à partir d’usages plus ou moins précis, certains généraux, d’autres très spéciaux, a élaboré un texte systématique, cohérent, détaillé. On est loin d’une simple photographie de pratiques. En réalité, en partant d’une certaine conception de l’opération consacrée par la pratique et en la développant de manière rationnelle, la C.C.I. est parvenue à une codification qui, à la fois, repose sur l’usage au sens classique et le dépasse. Ce dépassement est accentué par le fait que les Règles se reconnaissent une vocation à s’appliquer dans des pays où aucun usage n’existe faute d’expérience de l’opération considérée.

L’argument est-il pour autant dirimant ? Sans doute non. En effet, cette lacune peut être comblée, par l’existence d’un consensus général parmi les destinataires de la norme. On rejoindrait alors le concept classique d’usage par la généralisation de l’application des normes de la C.C.I.? Dans le cas des règles relatives au crédit documentaire et des règles sur l’encaissement on peut, en effet, admettre la création d’un usage — là où il n’y en avait pas — par l’effet d’une adhésion générale de la pratique aux dispositions qu’a définies la C.C.I. L’existence d’un tel **consensus** permettrait de remplacer le critère de l’ancienneté, lequel n’a pour fonction que de caractériser ce consensus. Reste à savoir comment caractériser l’existence de ce consensus. N’est-il pas artificiel de se borner à affirmer son existence pour conférer aux RUU et à leurs modifications périodiquement apportées pour tenir compte de l’évolution des techniques et des pratiques, une normativité quasi égale à celle d’une règle de droit ?

**Usages ou normes professionnelles** - Dès lors, il est possible de conclure avec le Doyen Stoufflet que les normes définies par la C.C.I. ne se confondent pas avec l’usage, même si elles ne s’en détachent pas entièrement, ni avec le mécanisme du contrat-type et des conditions-types. Elles relèvent d’une autre catégorie de sources du droit, originale. On serait en présence de normes professionnelles dont l’autorité repose non pas sur le consentement des membres de cette profession mais sur l’aptitude reconnue à un organisme professionnel de traduire à la fois les besoins du commerce et la rationalité d’une opération. Ce type de norme est, d’une certaine manière, par le processus de sa formation, à l’opposé de l’usage. Il est, comme la loi, l’œuvre d’une institution alors que l’usage se crée spontanément. Mais avec l’usage il a en commun d’être une source non étatique.

La reconnaissance de telles normes professionnelles n’engendre-t-elle pas un risque d’arbitraire ? Il ne le semble pas. Ces normes ne sauraient être créées de toutes pièces. Elles ne se conçoivent que

pour des opérations dont les traits essentiels sont suffisamment fixés. Au surplus, il est bien certain que les RUU respectent les usages existant, et l'œuvre créatrice de la CCI n'a vocation qu'à combler, compléter les usages existant et constatés. Ce qui en limite, en pratique, grandement la portée.

#### III – La force des usages dans le cadre du litige

L'usage de commerce est donc pourvu d'une normativité dont l'intensité est, selon les cas, variable. Dans la plupart des cas, l'usage aura, nous l'avons vu, une force supplétive. Mais parfois, il pourra se voir reconnaître une force impérative, notamment lorsque l'usage aura tiré sa normativité d'une loi. Il en est ainsi notamment de l'usage auquel renvoie l'article L442-6 du Code de commerce que doit respecter tout professionnel en cas de rupture de relations commerciales.

Mais cette normativité pose aussi deux questions particulièrement intéressantes. Si de par sa force normative, l'usage de droit bénéficie d'une applicabilité directe devant le juge ou l'arbitre (A), il n'en demeure pas moins que la jurisprudence entend strictement limiter l'applicabilité des usages au sein d'une sphère bien définie (B).

#### A – L'applicabilité directe des usages

**L'usage comme base légale** - Que les usages de commerce s'imposent au juge, quel qu'il soit, et notamment à l'arbitre, lorsque les parties s'y seront référées expressément, cela ne saurait surprendre<sup>307</sup>.

La solution pouvait paraître plus délicate lorsque les parties se sont tues où lorsqu'une seule d'entre elles y a fait référence. Ce point avait été, dans un premier temps, illustré par un arrêt célèbre rendu par la Cour d'appel de Paris, le 10 février 1981 dans une affaire VILLATE<sup>308</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'une vente d'oignons par une coopérative hollandaise, *Agrico*, à un grossiste français, *M. Vilatte*, laquelle vente avait été conclue, il est vrai, par l'intermédiaire d'un courtier et au moyen d'une « confirmation » établie ledit courtier et adressée aux deux parties. Cette confirmation précisait que le silence des parties après sa réception valait acceptation et que toutes les conditions des règles et usages du commerce intereuropéen des pommes de terre (RUCIP), - dont on ne soulignera jamais assez l'importance pour un Français ! -, faisaient partie intégrante du contrat. C'est sur notamment sur la base de cette confirmation que la Chambre arbitrale de Paris a condamné Vilatte pour non-exécution du contrat. Sur appel d'un jugement du tribunal de grande instance le déboutant de l'opposition à ordonnance d'*exequatur* formée contre cette décision, la Cour de Paris va confirmer en s'appuyant à son tour sur la confirmation du courtier et la référence qu'elle comportait aux RUCIP, qui s'intégraient au contrat. La Cour de Paris va aller jusqu'à déclarer qu'Emilien Vilatte, exploitant un commerce de légumes en gros doit être considéré comme un professionnel tenu de connaître les règles et usages de son commerce et spécialement les RUCIP, ce qui constitue la simple transposition du principe de droit commun selon lequel nul n'est censé ignorer la loi. Ce dernier point permet bien de souligner le fait que pour la Cour d'appel de Paris, il y a manifestement assimilation des usages à la loi *lato sensu*, et donc à la règle de droit.

<sup>307</sup> Ph. Fouchard, Les usages, l'arbitre et le juge, in *Le Droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à B. Goldman, Litec 1982, p. 77 s.

<sup>308</sup> Cour d'appel de Paris, Chambre supplémentaire 1, du 10 février 1981

Cette vision a été confortée par un important arrêt de la Cour de cassation en date du 13 mai 2003<sup>309</sup>. Rendu en matière de négoce de vin, dans une affaire dont les faits ne sont pas sans rappeler ceux de l'affaire *Villate*, la Cour de cassation va approuver une Cour d'appel d'avoir **légalement justifié** sa décision en appliquant un usage ancien et constant en Bordelais en vertu duquel l'établissement et l'envoi par le courtier au vendeur et à l'acheteur de la lettre de confirmation sans qu'il y ait de leur part un accord formel équivaut à une vente parfaite. Là encore, l'assimilation de l'usage à la loi est, dans l'esprit de la Haute Juridiction, évident.

**Usage et arbitre** - Dans le cadre de l'arbitrage, l'applicabilité de l'usage est favorisée du fait même du recours à ce mode de règlement des litiges. Le plus souvent, les parties n'ayant pas prévu expressément l'obligation faite aux arbitres d'appliquer les usages au fond du litige, ces derniers se satisfont d'une acceptation tacite. Ils peuvent s'y référer pour la simple raison que les parties, en évitant la justice étatique et en lui préférant l'arbitrage, ont implicitement voulu que leur litige soit tranché en tenant compte des règles habituellement suivies dans leur milieu professionnel.

Les arbitres, du moins lorsqu'ils sont eux-mêmes des praticiens de la branche considérée, sont particulièrement bien placés pour connaître et appliquer ces usages; lorsque les parties choisissent précisément un type d'arbitrage spécialisé, ou corporatif, non seulement elles s'attendent à ce qu'on leur applique ces règles professionnelles, mais elles le souhaitent positivement. Cette justification apparaît d'une manière particulièrement claire dans l'arrêt *L'Ami des Jardins et de la maison*<sup>310</sup> à propos d'un litige entre l'éditeur d'une revue et son ancien régisseur de publicité, litige qui avait été soumis à la Commission fédérale de conciliation et d'arbitrage de la Fédération nationale de la publicité. Selon la Cour d'appel de Paris, en décidant de soumettre leur litige à cette instance arbitrale, les parties ont implicitement mais nécessairement accepté que les arbitres fassent application des usages en matière de publicité.

D'autres décisions suggèrent toutefois un autre fondement pour l'applicabilité des usages par l'arbitre, qui, sans contredire l'idée que celle-ci correspond à la volonté implicite des parties, élève les usages au rang de véritables règles de droit objectif. Ainsi, dans l'arrêt *Vilatte*, comme nous l'avons vu plus tôt, la Cour de Paris n'hésite pas à transposer, en matière d'usages, l'adage « nul n'est censé ignorer la loi ». Pour cette juridiction, les usages sont donc, au moins lorsque les parties ont choisi un arbitrage de type professionnel, la loi de l'arbitre.

Il convient donc de conclure que les arbitres ont bien l'obligation d'appliquer les usages au litige alors même que les parties ne l'ont pas expressément voulu. L'arbitre est un juge, et comme le droit étatique est l'affaire du juge étatique, les usages professionnels sont l'affaire des arbitres choisis et statuant dans un cadre professionnel.

A l'article 12 du Code de procédure civile, qui ne s'adresse qu'aux tribunaux judiciaires, correspondent, pour l'arbitre statuant dans un litige interne, l'article 1474, et pour l'arbitre « international », l'article 1496 du même Code; sous réserve, comme on l'a vu, du respect de la volonté exprimée par les parties à cet égard, il appartient aux arbitres de dire quel est le droit applicable.

Ce qui pousse à envisager la question de la connaissance des usages par les arbitres.

<sup>309</sup> Cass. com. 13 mai 2003, précité.

<sup>310</sup> CA Paris 3 mars 1981

C'est ainsi que l'arrêt *Les films de l'Aima* souligne que les arbitres, en leur qualité de professionnels de l'industrie cinématographique, avaient des usages une connaissance toute particulière.

Mais cette connaissance des usages par l'arbitre, si elle est comparable à celle que l'on attend des magistrats pour le droit étatique, n'est pas la condition suffisante de leur applicabilité. Si l'on ne s'en tient pas, pour justifier celle-ci, à la volonté implicite des parties, il faut, avec certains arrêts, pousser plus avant le rapprochement des usages et du droit.

Il est bien certain que les arbitres, comme les juges étatiques, doivent définir le droit applicable au fond du litige.

#### **B – L'usage de droit : une norme à usage réservé**

L'étude de la jurisprudence qu'elle soit judiciaire ou bien surtout arbitrale, quant à l'application des usages, tend à confirmer le fait que l'usage de droit ne serait bien qu'une coutume mais dont le domaine serait strictement limité à une sphère bien précise. Pour preuve, les nombreuses décisions qui exigent, pour que les usages soient applicables par l'arbitre, que les parties soient des professionnels de la branche considérée. Cette précision — qui se présente en réalité comme une véritable condition de fond d'applicabilité des usages par l'arbitre, et qui est d'ailleurs la seule — constitue l'un des apports les plus intéressants de la jurisprudence.

Cette exigence est ancienne. Ainsi, dans l'arrêt *Vilatte* susmentionné, la Cour de Paris prend soin de relever, pour approuver les arbitres d'avoir fait application des RUCIP que *Vilatte* est un professionnel de ce commerce, et qu'il est à ce titre tenu de connaître ces usages, **comme nul n'est censé ignorer la loi**. La qualité de commerçants dans un secteur délimité, implique donc, chez ceux qui la possèdent, la connaissance des usages de la branche, et leur applicabilité par l'arbitre en est la conséquence.

L'opposabilité des usages aux seuls professionnels, tandis que la coutume civile serait opposable *erga omnes*, est d'ailleurs un principe que la jurisprudence française a dégagé en dehors même de l'arbitrage. Il est à rappeler que la Cour de cassation dans son arrêt de 2003, a pris soin de préciser que l'acheteur comme le courtier étaient des professionnels exerçant dans le même secteur d'activité. A l'inverse, l'application d'un usage a été écartée lorsque le commerçant traite en dehors de sa place ou avec un autre commerçant membre d'une profession dont il ignore les usages<sup>311</sup>.

C'est également la position prise par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, qui subordonne, en son article 9, l'applicabilité des usages à leur connaissance présumée par les parties et à leur respect dans la branche commerciale considérée<sup>312</sup>.

En tenant compte de la qualité des parties pour l'applicabilité des usages par les arbitres, le juge français se conforme en définitive à une évolution générale du droit privé, qui n'est pas perceptible

---

<sup>311</sup> Cass. Com. 18 janvier 1972, *JCP ed.G* 1972 II 17072

<sup>312</sup> Art. 9 : « 1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles. 2) Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée. »

# La Revue

“La Coutume”

---

## Numéro 2 - mars 2013

seulement en France. Il y a déjà longtemps que Josserand constatait la reconstitution d'un droit de classe, d'un droit devenu trop souvent catégoriel.

\* \* \*

A l'heure où se tient au Grand Palais, à Paris, une magnifique rétrospective consacrée à MONNET, nous ne pouvons qu'éprouver, à l'issue de cette brève présentation, un sentiment digne des plus grands impressionnistes. La coutume et plus encore les usages en droit commercial sont des notions qui se laissent difficilement appréhender, et qui se prêtent encore moins à la systématisation. Mais n'est-ce pas là le reflet de la vie du Commerce que d'être mouvant ? N'est-ce pas là ce qui en fait sa richesse et sa spécificité ?

#### PERSISTANCE DE LA COUTUME EN DROIT CIVIL (UN PARALLELE AVEC LE DROIT COMMERCIAL).

*Nicolas GRAS,*  
*doctorant en droit privé, ED 245*

##### I – L’influence de la coutume dans l’élaboration du Code civil

###### A - Le choix des rédacteurs


###### B - La perception de la coutume par les auteurs du XIXe siècle

##### II - L’influence de la coutume en dehors du Code civil

###### A - Les renvois législatifs à la coutume

###### B - L’autonomie de la coutume

##### Bibliographie

elon l’étude de François GénY intitulée « Méthodes d’interprétation et sources du droit privé<sup>313</sup> » la définition de la coutume en droit civil ne doit plus poser de problème : « *La coutume est la règle de droit composée d’un élément matériel, une pratique répétée et d’un élément psychologique, le sentiment de son caractère obligatoire* ».

Ces deux éléments sont complémentaires. Sans élément psychologique, la pratique ne vaut pas règle ; sans élément pratique constant, la règle tombe en désuétude. Telle est la définition la plus récente de la coutume dans son acception large.

Or, cette définition n’a pas subi d’évolution notable au cours des siècles. Déjà au XIIIe siècle, l’idée de base était que la coutume naissait d’un usage. Pour Jacques de Révigny, c’est l’usage prolongé qui constitue la cause de la coutume. Dès lors, c’est bien selon son analyse le temps qui crée la coutume. En revanche, pour Pierre de Belleperche, la véritable cause de la coutume ne peut être l’usage, lequel appartient au domaine du fait. C’est selon lui ce qui transforme ce fait en droit qui est la véritable cause de la coutume, c’est à dire le consentement populaire.

Puis Bartole fera la synthèse de ces différentes positions pour retenir que « *les usages et les mœurs sont la cause lointaine de la coutume, mais la cause proche en est le tacite consentement du peuple, qui se manifeste par l’usage des mœurs*<sup>314</sup> ».

<sup>313</sup> Fr. GénY, Méthodes d’interprétation et sources du droit privé, LGDJ 2<sup>ème</sup> éd. 1919

<sup>314</sup> L. Waelkens, *La théorie de la coutume chez Jacques de Révigny*, Brill Archive 1984 p.208 et s.

### Numéro 2 - mars 2013

Sans reprendre en détail les éléments constitutifs, présentés lors des conférences précédentes et notamment lors de l'intervention de M. Le Professeur Florent Garnier, il convient néanmoins de rappeler la distinction existant entre l'usage de fait et la coutume, au sens du droit civil.

Outre le fait qu'en droit privé la coutume a simplement un domaine et une portée plus étendue que l'usage, nous conviendrons que la distinction entre l'usage de fait et la coutume, encore appelée usage de droit tient au seul élément psychologique. En effet, si l'élément matériel est bien présent dans chacune de ces notions, en revanche l'élément psychologique caractérise seulement l'usage de droit et la coutume. Ces notions font naître chez ceux qui les pratiquent, le sentiment d'agir en vertu d'une règle non exprimée, s'imposant à eux comme règle de droit objective et susceptible d'engendrer une sanction sociale.

L'usage de fait quant à lui, fait intervenir le consentement, fut-il tacite, des parties contractantes. C'est en ce sens que la doctrine parle d'usages conventionnels ou de façon plus appropriée, selon François Géný, « d'usages volontaires ».

Les parties sont donc censées se référer librement à l'usage de fait, excluant ainsi tout sentiment d'une sanction juridique. En bref, les usages conventionnels traduiront donc des volontés individuelles alors que les usages de droit ou coutume exprimeront une règle générale, douée de caractère objectif par l'opinion commune.

Malgré le désintérêt des civilistes pour la notion, le rôle de la coutume reste historiquement indéniable. Elle fut utilisée pour régir certaines situations au lendemain des invasions barbares. Mais au fil des décennies, l'émergence d'un pouvoir fort et centralisé amenuisa l'importance des coutumes. Désireux de reprendre la maîtrise du droit, le pouvoir en place procéda à leur rédaction. Elles furent alors triées, unifiées, enregistrées et figées<sup>315</sup>.

C'est dans ce contexte de la rédaction et de l'essor concomitant de la législation royale que rejaillissent l'idée et la notion de droit français.

A compter du XVI<sup>e</sup> siècle (dès la fin du règne de Louis XIV) un courant important d'auteurs a après de nombreuses recherches et associations d'idées produit « *le droit français* ». « *Le droit à la mode de France*<sup>316</sup> ». C'est-à-dire un droit commun coutumier reléguant et même évinçant le droit romain.

Cette vision fût à cette époque créatrice d'oppositions. Charles Du Moulin, Coquille, Le Caron, Loyseau, Colombet envisageaient pour seul droit commun dans la partie septentrionale du royaume, « *le droit commun coutumier* ». Le droit civil romain ne pouvant selon ces derniers constituer le droit commun.

En contradiction complète avec cette analyse, un courant minoritaire continuait de promouvoir l'excellence du droit romain comme devant être le seul droit commun de la France. L'abandon du droit romain ne saurait, selon ces derniers, être comblé par les coutumes et les ordonnances royales.

Des auteurs, tels que Doneau, Pothier, Domat puis Bretonnier considéraient et expliquaient dans la

---

<sup>315</sup> J. Gilissen, *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Bruxelles 1962.

<sup>316</sup> G. Coquille, *Oeuvres* Paris 1665, préface relative à la vie de Me Guy Coquille.

### Numéro 2 - mars 2013

préface de la 4<sup>ème</sup> édition des *œuvres* de Claude Henrys<sup>317</sup>, que le droit romain devait rester la référence valable en tout temps et en tout lieu, comme le siège de l'équité, l'expression la plus pure du droit naturel, le socle de toute construction normative. Ils plaidaient pour le maintien du droit romain comme droit commun de la France.

Selon Cujas, « *les coutumes ne pourraient pas servir de droit commun car en un mot ce sont des coutumes, c'est-à-dire, les mœurs et les usages particuliers d'une province qui ne peuvent pas servir de droit commun à toute la nation*<sup>318</sup> ».

Cette opposition a perduré jusqu'au début du XIXe siècle. Confrontés à un tel choix, les rédacteurs du Code civil ont alors dû régler ce désaccord.

Le débat fût tranché par la codification et la promulgation du Code civil des français entraînant l'abrogation de l'Ancien droit. La coutume fut donc priée de céder face à une nouvelle source de droit, répondant plus parfaitement aux idéaux dominants de rationalité et de volonté souveraine : la Loi.

Il est alors intéressant de savoir comment les inspirations coutumières ont été exploitées par les rédacteurs du Code civil et accueillies par les auteurs du XIXe siècle (I), pour ensuite mesurer l'influence contemporaine de la coutume sur notre droit civil et dans une moindre mesure sur notre droit commercial (II).

#### **I – L'influence de la coutume dans l'élaboration du code civil**

La scission de l'organisation juridique sous l'ancien régime, entre les pays de coutume au nord et les pays de droit écrit au sud, ne facilitait pas la tâche des rédacteurs du Code civil. Désigné par Napoléon Bonaparte, les quatre éminents juristes rédacteurs du Code civil se devaient donc d'extraire des multiples sources du droit, les règles destinées à s'appliquer uniformément à tout l'Empire (A). Ces choix n'ont pas été sans créer de nombreuses discordances au sein de la doctrine. Mais, c'est plus particulièrement la force attribuée aux règles coutumières non codifiées qui révéla le désintérêt des auteurs à l'égard de cette source du droit (B).

#### **A - Le choix des rédacteurs**

Les rédacteurs du code civil se sont trouvés confrontés au pluralisme de l'ancien droit français. En effet, ce dernier était formé d'une multitude de coutumes, de règles venues du droit romain et du droit canonique, d'apports jurisprudentiels, de lois royales, d'interprétations doctrinales qui engendraient des difficultés notamment dans le conflit qui opposait de longue date le droit coutumier au droit romain. Si, depuis le XVIe siècle le droit romain avait conforté ses positions dans le Midi, un fort courant de nationalisme juridique favorisait l'émergence d'un droit français hétérogène à dominante coutumière.

Pourtant, si l'on s'attarde sur les différentes matières régies par le Code civil, force est de constater

---

<sup>317</sup> 4<sup>ème</sup> édition des *œuvres* de Claude Henrys 1772, Extrait en ligne

<sup>318</sup> J-L. Thireau, *Fondements romains et fondements coutumiers du Code civil*, Revue française de théorie juridique, de philosophie et de cultures juridiques 2005, n°42 p.3

qu’il contient plus de droit romain, sous influence du droit naturel, que de droit coutumier.

Ainsi, les contrats et les obligations, la propriété, les droits réels sont exclusivement régis par des règles d’origine romaine alors que le droit patrimonial de la famille l’est principalement par des règles coutumières.

En traitant des contrats dans une première partie, la volonté des rédacteurs était de poser les principes de droit naturel applicables à tous. En matière d’obligations, les règles générales restaient d’inspiration romaine même si la doctrine les avait aménagées pour les systématiser dans un sens plus individualiste. Ce droit français des obligations que Pothier avait pris pour objet dans son célèbre traité<sup>319</sup>, auquel les auteurs du code ont emprunté, ne se séparait du droit romain que par des pratiques spécifiques et des interprétations surajoutées.

La propriété était quant à elle perçue comme une institution directe de la nature, l’homme ayant un droit naturel aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Les rédacteurs reconnaissaient ainsi que la propriété et la liberté contractuelle, qui étaient les deux piliers du Code civil, reposaient sur le droit naturel.

Le droit des biens au sein duquel existait une propriété coutumière, apparaît comme la principale victime du Code civil qui a voulu n’en garder aucune trace, quitte à faire l’impasse sur des usages encore en vigueur. Sont alors appliquées à cette matière des solutions d’origine romaine non seulement dans la définition de la propriété mais aussi dans les dispositions relatives à son exercice et à ses démembrements. Seuls quelques enseignements connexes, tenant à la distinction des meubles et des immeubles, à la mitoyenneté ou aux servitudes resteront régis par les règles issues du droit coutumier. Les règles relatives à la famille, fondées sur la puissance paternelle, ont quant à elles consacré la suprématie de la coutume.

À titre d’exemple la capacité de la femme mariée, la majorité émancipatrice à l’âge de 21 ans (en vigueur jusqu’en 1974) sont des règles d’origine coutumière étendue par le Code civil à l’ensemble du territoire français. Il en va de même pour les régimes matrimoniaux entièrement gouvernés par le droit coutumier.

En droit des successions, l’influence de la tradition coutumière est nettement moins perceptible. Les solutions coutumières proposées étaient en cette matière beaucoup trop complexes et diversifiées pour aboutir à une unification cohérente.

Ce recours important des rédacteurs au droit romain peut s’expliquer par la composition du comité gouvernemental de rédaction. Certes, il comprenait deux représentants du droit écrit, Portalis<sup>320</sup> et Maleville<sup>321</sup>, face à deux représentants des pays de coutume, Tronchet<sup>322</sup> et Bigot de Préameneu<sup>323</sup>.

---

<sup>319</sup> R-J. Pothier, *Traité des obligations 1761*, nouvelle éd. 1821

<sup>320</sup> Jean-Étienne-Marie Portalis, né le 1<sup>er</sup> avril 1746 au Beausset (Var) et mort à Paris le 25 août 1807, est un avocat, homme d’État, juriconsulte, philosophe du Droit français, membre de l’Académie française et Grand Aigle de la Légion d’honneur (1805). Il est connu pour avoir été le rédacteur du Code civil.

<sup>321</sup> Jacques de Maleville né en 1741 à Domme, où il est mort en 1824, Président du directoire de la Dordogne puis juge au tribunal de cassation, il est membre du Conseil des Anciens, il défend la conception romaine contre les partisans de la coutume

Or, le rôle majeur reconnu à Portalis, ardent défenseur du droit romain, était indéniable. Tant ces contemporains que les commentateurs ultérieurs, dont le doyen Jean Carbonnier, n'ont cessé de le souligner. Selon lui, Portalis était « *le penseur, sinon le philosophe de la codification consulaire*<sup>324</sup> ».

De plus, les rédacteurs ont indirectement été influencés par des courants de pensée du XVIII<sup>e</sup> siècle tel le « *jus naturalis* ». Très présent à cette époque, le concept de droit naturel avait sans nul doute alimenté leur lecture de jeunesse.

Les principes du droit naturel sont ceux « *qui régissent l'homme considéré comme être moral, c'est-à-dire un être intelligent et libre ayant des rapports avec d'autres êtres intelligents et libres comme lui*<sup>325</sup> ».

Le « *jus naturalis* » a alors fourni au droit romain une légitimité nouvelle, mais en le circonscrivant à des domaines bien définis. Nombre d'auteurs considéraient que le droit romain était l'expression la plus pure du droit naturel.

Dès son discours préliminaire, Portalis avait cherché à relativiser la suprématie du droit romain. Il précisait alors « *qu'une transaction entre le droit écrit et les coutumes a été faite, toutes les fois qu'il a été possible de concilier leurs dispositions, ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général*<sup>326</sup> ».

Mais, outre ces emprunts au droit romain et coutumier, les rédacteurs se devaient également de rechercher les fondations du Code civil dans un esprit et dans une tradition et plus exactement dans l'esprit d'une tradition.

En effet, en pleine période révolutionnaire, les juristes consulaires se devaient de choisir entre « l'esprit révolutionnaire » ou « l'esprit des siècles ». Il est alors permis de se demander si l'utilisation limitée du droit coutumier pouvait également s'expliquer par la volonté des rédacteurs de mettre en avant les principes nouveaux issus de la révolution.

En effet, la volonté de ne pas rompre avec l'expérience passée devait se concilier avec ce que Tronchet appelait « les habitudes des Français ». Sur ce point, Portalis lui-même insista sur la nécessité d'adapter les lois au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple français. Dans les domaines où le droit naturel n'intervenait pas, il était alors nécessaire que le relativisme (cher aux humanistes) reprenne ses droits et impose de respecter les usages dans la limite de leur compatibilité avec les perspectives d'unification.

Cependant, Portalis ne voulait pas faire du Code civil un fruit de la révolution. La révolution n'était

---

<sup>322</sup> François Denis Tronchet, né le 23 mars 1723 à Paris, mort le 10 mars 1806 à Paris, devient avocat en 1745, jurisconsulte et homme politique français. Sénateur de la Somme en 1801. Spécialiste en droit de la famille il fut convié par Napoléon Bonaparte à la rédaction du Code civil.

<sup>323</sup> Félix Julien Jean Bigot de Préameneu né le 26 mars 1747 et mort à Paris le 31 juillet 1825, est avocat au parlement de Bretagne, puis au parlement de Paris avant la Révolution, puis député en 1791 à l'Assemblée législative. Nommé en 1802 président de la section de législation au conseil d'État, et membre de l'Académie française en 1803, il concouru activement à la rédaction du nouveau Code civil

<sup>324</sup> Le Code civil, *dans les lieux de mémoire*, Paris, Gallimard 1997 p.1332

<sup>325</sup> L. Rondonneau, *Corps de droit français civil, commercial et criminel*, Paris Garnery 1811, Titre V Du mariage p.34 et s.

<sup>326</sup> Discours du 27 thermidor an V - 14 août 1797 - au conseil des anciens sur le divorce, Le moniteur universel des 2,3 et 4 vendémiaire an VI.

selon ses dires, ni le commencement de l'histoire de France, ni même une rupture, mais simplement une parenthèse. Le code des français devait donc s'inscrire dans la continuité historique de notre droit, avec pour référence les capitulaires de Charlemagne<sup>327</sup>, les ordonnances de Michel de l'Hospital<sup>328</sup>, les règlements de Colbert, les pensées de Lamoignon<sup>329</sup> et D'Aguesseau<sup>330</sup>, sans oublier les projets de Cambacérés<sup>331</sup> et de Jacqueminot<sup>332</sup>.

On retrouvait donc dans le Code civil un nombre important de règles juridiques en vigueur sous l'ancien régime. À tel point, qu'il était possible de déceler une réelle volonté des rédacteurs d'effacer toute trace de la décennie révolutionnaire (1789-1799). Portalis qualifia d'ailleurs l'œuvre législative de la révolution française comme de simples « *lois passagères* ».

Toutefois, ce rejet n'était pas absolu et ici encore, la question ne fut pas strictement tranchée. Si le droit civil devait s'inscrire dans la continuité, la durée et l'expérience, il ne convenait pas d'écarter tout ce qui était nouveau. Le Code civil se devait également de prendre en compte l'évolution tant politique et intellectuelle que religieuse et morale de la révolution.

L'exemple le plus marquant de l'évolution de la société au XVIIIe siècle fut l'introduction du divorce. Nouveauté qui sera immédiatement encadrée et limitée par les rédacteurs. En effet, si le mariage relevait bien du droit naturel il n'en était pas de même pour le divorce.

Néanmoins, Portalis semble sur d'autres points être largement en avance sur son siècle. Il condamnait avec fermeté la polygamie ou encore les pratiques coutumières des mariages arrangés ou imposés. Ainsi précisait-il dans l'article 146 du Code civil, encore en vigueur aujourd'hui, que le consentement libre des deux époux est une condition indispensable au mariage.

Le Code civil a donc créé un droit nouveau avec des éléments empruntés à l'ancien !

Si les règles issues du droit romain et reprises par le Code civil n'ont pas fait l'objet de vives contestations des commentateurs, la conservation des coutumes non codifiées a quant à elle, été la source de nombreuses controverses. L'autorité de ces coutumes, restées en dehors du Code civil ne manqua pas d'alimenter les batailles doctrinales tout au long du XIXe siècle.

#### **B - La perception de la coutume par les auteurs du XIXe siècle**

Dans la période qui suit immédiatement la codification, la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) précisa en son article 7 que « *les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales,*

<sup>327</sup> Fr. Guizot, Histoire de la civilisation en France, Extrait en ligne

<sup>328</sup> Michel de l'Hospital (1505-1573) fut conseiller au Parlement de Paris, ambassadeur au concile de Trente, surintendant des finances et enfin chancelier de France. Il a ainsi rédigé de nombreuses ordonnances pour la réforme de la justice et de l'administration.

<sup>329</sup> J-L. Thireau, Les arrêts de Guillaume de Lamoignon : une œuvre de codification du droit français ?, Droits, 2004 T.39, Naissance du droit français / 2 p.53-68

<sup>330</sup> M-F. Renoux-Zagamé, Histoire de la pensée juridique, Le Chancelier d'Aguesseau : lumières de la pensée juridique, Conférence organisée par la Cour de cassation, CD Rom 2007

<sup>331</sup> J. Boudon, Les projets de Code de civil de Cambacérés et le thème de l'imitation de la nature, Revue droit et coutume p.91

<sup>332</sup> J. Jacqueminot, Projet de Code civil présenté à la Commission législative des cinq cents au nom de la section de législation, Revue droit et coutume 2005 p.26

### Numéro 2 - mars 2013

*les statuts ou les règlements devaient être abrogés dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code* ». Avec le recul temporel dont nous bénéficions, il y a tout lieu de penser que ce texte n'avait pas pour objectif de supprimer toutes les coutumes et usages existants. Malgré sa formulation très générale, sa portée devait être nuancée.

Il semble que l'intention des rédacteurs du code civil était de maintenir les lois romaines et coutumières dans le silence de la loi et dans toute la mesure où elles n'étaient pas incompatibles avec les lois nouvelles édictées par le code civil.

En effet, si certaines coutumes ont été codifiées<sup>333</sup>, changeant donc de qualification « pour revêtir leur costume de dispositions légales », toutes les coutumes et principalement celles d'origine populaire n'ont pu être reprises par les rédacteurs.

Soit parce qu'elles n'avaient pas été enregistrées et donc oubliées, soit parce qu'elles avaient été jugées inadaptées voire contraires aux lois promulguées. Dès lors, ces coutumes non codifiées devaient-elles continuer à s'imposer ?

Suite à la promulgation du Code civil, la doctrine reconnut sans grande hésitation l'autorité de la coutume. Elle ne remettait aucunement en cause le caractère interprétatif et complétif de la coutume. L'abrogation des lois<sup>334</sup> par désuétude ou usage contraire lui paraissait même une démarche toute normale.

Ainsi, les premiers commentateurs du Code civil, dont pour ne citer qu'eux, Toullier et Demante, formés à l'école de l'ancien droit, restaient persuadés de la force obligatoire de la coutume, de sa fonction interprétative, complétive voire abrogative face aux lois désuètes.

Ils estimaient malgré les nouvelles lois, que la coutume devait conserver son autorité dans les cas où elle pouvait encore être utile.

Mais très vite, une voix s'éleva pour contester l'autorité de la coutume. Dans une dissertation anonyme<sup>335</sup> publiée au Sirey en 1809, l'auteur affirme que la connaissance de la force obligatoire de la coutume était contraire aux principes constitutionnels et en particulier à la délégation totale faite par le peuple à ses représentants. En second lieu, il précise qu'il n'existait point d'usage vraiment général car il y a toujours quelqu'un pour le contester et enfin, il releva l'incompatibilité entre la constatation d'une coutume en justice et le principe de la séparation des pouvoirs.

A partir de 1840, ces séduisants arguments, vont être repris par certains auteurs pour s'élever contre l'autorité de la coutume.

---

<sup>333</sup> Nombre de ces maximes ont été reprises par la loi qui est devenue leur support formel. A titre d'exemple, il est possible de citer la formule « *pater is est quem nuptiae demonstrant* », codifié à l'article 312 du Code civil. « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari », autrement dit, le père est réputé être le mari de la mère de l'enfant. Cette maxime issue du droit romain est donc devenue par l'intervention du législateur une présomption légale de paternité.

De même, la célèbre maxime inscrite à l'article 2279 (actuel de 2276) : « En fait de meuble possession vaut titre » est devenu une règle phare du droit des biens permettant au possesseur de bonne foi d'un bien meuble d'en acquérir immédiatement la propriété.

<sup>334</sup> Merlin, Rep. V. Usage § II

<sup>335</sup> Dissertation anonyme extraite du journal du Barreau, publiée au Sirey T. IX 2<sup>ème</sup> partie p.376

Le Doyen de la Faculté de droit de Paris, Blondeau proclama dans un mémoire sur « *l'autorité de la loi* » lu à l'Académie des Sciences morales et politiques, que la loi était la seule source de notre droit.

L'année 1841 fut le début d'une nouvelle période nourrissant une hostilité croissante envers la coutume. Le Droit commercial échappa quant à lui à cette animosité<sup>336</sup>.

En effet, si les civilistes se sont très vite résignés à reléguer la coutume et lui retirer toute valeur normative, les commercialistes continuaient de soutenir que la coutume pouvait compléter et suppléer la loi. Allant même jusqu'à enseigner que la coutume pouvait déroger à la loi commerciale, pourvu que celle-ci ne soit pas d'ordre public.

Il existait tout de même plusieurs tendances chez ces auteurs. Les plus modérés, tels que Lyon-Caen, Renault, Delamarre et Le Poitvin précisaient que cette exception, concerne uniquement les usages commerciaux et ne saurait être étendue en matière civile. D'autres plus radicaux, tels Courcy et Boistel plaidaient la cause de la coutume en général.

Hormis les quelques commercialistes radicaux, dont la position ne trouvera pas d'écho au sein de la doctrine, la fin du XIXe siècle fut marquée par une reconnaissance générale de la perte d'autorité de la coutume sauf en droit commercial, « dernier bastion de résistants ».

La jurisprudence refusait également d'affirmer l'autorité de la coutume, excepté face à certaines considérations d'utilité pratique et impérieuse du droit commercial. Les tribunaux procédaient alors par voies détournées et non par référence directe à la coutume pour justifier leurs décisions. Ainsi, l'on retrouvait bien la notion « d'usage » dans les arrêts commerciaux mais jamais celle de « coutume ». Cette dernière ayant définitivement perdu son droit de cité dans l'organisation juridique moderne.

En matière civile, on assistait à cette époque à une véritable sacralisation du code civil, une contemplation<sup>337</sup> de ses effets et de ses bienfaits. Plus on s'éloignait de l'époque de la codification, plus les auteurs perdaient l'esprit éclectique des anciens juristes, qui allaient puiser le droit partout où il se trouvait... dans la coutume, les lois romaines, les ordonnances, la jurisprudence des parlements.

Ainsi, Aubry et Rau, Demolombe vogaient sur ce courant pour dénier à la coutume tout pouvoir créateur. « *La loi ne peut être abrogée que par la loi*<sup>338</sup> » disaient-ils, *n'accordant à la coutume qu'une simple « valeur morale*<sup>339</sup> ».

Toutefois, un revirement radical de position fut amorcé dans les dernières années du XIXe siècle. A travers la publication d'un de ses plus illustres ouvrages, « *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*<sup>340</sup> », François Geny tenta de réhabiliter la coutume.

---

<sup>336</sup> L'article 2 de la loi du 15 septembre 1807 abrogeant toutes les anciennes lois de nature commerciales, ne visait aucunement les usages et les coutumes. « *A compter du 1<sup>er</sup> janvier 1808, toutes les anciennes lois touchant les matières sur lesquelles il, est statué par le Code de commerce, sont abrogées* ».

<sup>337</sup> Planiol, Traité élémentaire de droit civil T.1 p.52

<sup>338</sup> C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, T.1 p.75 ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon* T.1. p.35

<sup>339</sup> *ibid.* p.76 §23

<sup>340</sup> Fr. Génay *op.cit.*

### Numéro 2 - mars 2013

Selon ce dernier la loi et la coutume devaient théoriquement jouir en tant que sources juridiques, d'une égale autorité. Il partait du postulat selon lequel il n'existait pas de règle légale quelque peu ancienne, qui ne soit, doublée d'une règle coutumière qui l'explique, la confirme, la restreint ou l'éteint.

Très vite, il fut rejoint par d'illustres auteurs. Dans ce sens, Duguit<sup>341</sup> reconnaissait également force obligatoire à la coutume. Josserand<sup>342</sup>, quant à lui, n'hésitait pas à reconnaître la coutume sous toutes ses formes.

Mais face à ces ambiguïtés et au manque de repères engendré par ces renversements successifs de position, la majorité des auteurs est alors restée hésitante. En effet, ils se contentaient bien souvent de poser la question sans la résoudre ou de constater en fait l'autorité de la coutume sans essayer de la justifier.

N'offrant que trop peu d'intérêt pratique, les auteurs du XIXème se sont peu préoccupés de ces notions et se laissèrent forcément absorber par le commentaire des nouvelles lois.

Ce manque d'intérêt fut notamment perceptible dans la dénomination employée. En effet, les mots « coutumes » et « usages » furent désormais employés indifféremment. Les auteurs ne s'embarraient plus de cette distinction désormais désuète et utilisaient ces deux termes pour désigner les diverses règles coutumières qui pouvaient subsister et dont l'ensemble constituait le « droit coutumier » ou « non écrit ».

Les auteurs de droit commercial employaient déjà davantage le mot « usage » tandis que les civilistes utilisaient plutôt le mot « coutume ». Cette indifférence dans la dénomination employée marquait surtout le désintérêt volontaire des auteurs pour la coutume.

Le culte de la loi codifiée avait relégué à l'arrière-plan l'analyse de l'une de ces sources qu'est la coutume.

Les survivances de notre ancien droit coutumier ont donc été subordonnées aux lacunes du Code civil. Or, ces lacunes étant peu nombreuses, les cas d'application des anciennes coutumes se sont trouvés, par là-même, fort réduits.

Il est certain que les coutumes et usages relatifs à des matières non traitées par le Code civil ainsi que les usages commerciaux non écrits et non incompatibles avec le droit nouveau subsistent encore aujourd'hui, même si ces usages ont bien évolué du fait des mutations techniques, technologiques et sociologiques.

Sans prétendre expliquer pourquoi les coutumes et usages devraient ou non s'imposer aujourd'hui encore, l'analyse contemporaine de leurs fonctions et de leurs effets peut néanmoins permettre de

---

<sup>341</sup> L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T.1 p.72 §11 ; E. Picard, *Le droit pur*, p.184 « Toute doctrine, toute jurisprudence est en réalité... productrice de droit et non simplement interprétative ».

<sup>342</sup> L. Josserand, *Cours de droit civil positif*, T.1 p.64 n°96 ; J-P. Valette, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé*, p.158 et 174 ; E. Meynial, *Compte rendu critique du livre de M. Gény, Nouvelle revue historique 1901 p.390* ; M. Valéry, *La coutume commerciale, Revue critique de législation et de jurisprudence 1915-1924 p.418*

percevoir leur portée actuelle au sein du droit civil.

## II - L'influence de la coutume en dehors du Code civil

Comme démontré précédemment tous les usages et coutumes n'ont pas systématiquement fait l'objet d'une mise en forme de dispositions légales. En effet, le législateur se contente bien souvent de mentionner leur existence sans en détailler le contenu. Certains articles du code civil opèrent ainsi un renvoi soit implicite soit exprès aux coutumes et plus principalement aux usages (A). Or, plus que ces renvois, l'analyse des coutumes existantes dans le silence de la loi ou en contradiction avec la loi révèle davantage l'autorité actuelle devant leur être attribuée (B).

### A - Les renvois législatifs à la coutume

Les renvois implicites, tout d'abord, se font par le biais de notions devenues avec les siècles des références coutumières tels que les règles relatives aux bonnes mœurs, aux honnêtes gens, ou encore au bon père de famille.

Ces notions sont comprises par tous comme des règles coutumières de comportement non statiques car évoluant au cours des siècles sous l'impulsion des idées sociales.

Dès le chapitre préliminaire du Code civil, l'article 6 précise « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Cette notion de bonnes mœurs fait référence à la manière de vivre, aux habitudes d'une société<sup>343</sup>, aux usages<sup>344</sup>, au savoir-vivre<sup>345</sup>. Ce standard de référence désignant un état d'esprit normalement diligent est une appréciation *in abstracto* reconnue par tous. C'est notamment pourquoi on retrouve cette référence dans de nombreux pans du droit tels qu'en matière de libéralités (Article 900 du Code civil) et de conditions essentielles pour la validité des conventions. L'article 1133 relatif à la cause exige ainsi la nullité de la convention si sa cause est illicite par prohibition de la loi ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

La validité des obligations conditionnelles est également subordonnée au respect des bonnes mœurs (Article 1172).

Dans ce même ordre d'idée, la notion de faute en matière de responsabilité du fait personnel inclut indirectement une référence à la coutume et principalement aux usages. En effet, non définie dans le Code civil, la notion de faute a été dégagée par la jurisprudence qui a analysé trois critères. Elle vérifie l'existence d'un élément matériel, une action ou une omission, un élément de conscience de l'acte et un élément contraire à la loi et aux usages. A travers ce dernier critère on comprend parfaitement que la faute puisse résulter de la transgression d'une règle légale (généralement d'une obligation légale telle que l'obligation de renseignement, de concurrence loyale...) ou d'une règle issue des us et coutumes. Il en va ainsi de la violation des usages d'une profession (agriculture, transport terrestre ou maritime...) ou d'un secteur géographique déterminé (département, région...).

---

<sup>343</sup> J. Du Bellay, *Deffense de la langue française*, éd. H.Chamard, I, 2, p.16

<sup>344</sup> Brunet Latin, *Trésor*, éd. J. Carmody, II, XL, p.207

<sup>345</sup> La Bruyère, *Caractères, De la Cour*, 74, éd. J. Benda, p.259

Concernant désormais les renvois exprès de la loi à la coutume, seule la coutume *secundum legem* semble concernée. Cette dernière a pour but de compléter la loi. Il s'agit plus précisément de coutumes interprétatives de la volonté, ne s'appliquant qu'à défaut d'une volonté contraire des parties.

Or, il est plus juste de parler ici d'usage. En effet, les dispositions du Code font plus généralement référence aux usages destinés à s'appliquer dans un secteur géographique, ou professionnel déterminé. Le renvoi le plus connu aux usages locaux reste la distance des plantations à respecter entre deux fonds voisins.

Sur ce point, l'article 671 du Code civil dispose que le respect d'une distance de deux mètres à partir de la ligne séparative de deux héritages pour les plantations dont la hauteur dépasse deux mètres et à la distance d'un demi-mètre pour les autres plantations, n'est applicable qu'en l'absence d'usages locaux contraires. Il convient donc de se référer aux « usages constants et reconnus » pour déterminer à quelle distance de la ligne séparative de deux fonds les arbres peuvent être plantés, en l'absence de règlements particuliers.

Dès lors, les usages locaux peuvent tout à fait prévoir des distances moindres ou au contraire supérieures aux prescriptions légales<sup>346</sup>. Ainsi, il existe à Paris et dans la banlieue pavillonnaire, un usage permettant de planter à l'extrême limite des fonds, eu égard à l'exiguïté des jardins dans cette zone. Dès lors, selon la localité, il convient de consulter ces usages grâce aux registres tenus par la Mairie, la chambre d'agriculture<sup>347</sup>, ou encore le notaire.

Ce renvoi explicite de la loi aux usages est également très présent en droit des contrats.

L'article 1135 relatif à l'effet des obligations précise sur ce point que les parties sont obligées « *non seulement à ce qui y est exprimé (dans le contrat), mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

Le législateur ne précise pas s'il s'agit d'usage de fait ou d'usage de droit. Le terme usage est utilisé ici dans son acception large.

Les usages de fait sont ici perçus en tant qu'usages conventionnels dont l'application dépend de la volonté présumée des parties. Ils s'appliquent donc de manière négative, c'est à dire en cas de silence du contrat<sup>348</sup>.

Ainsi, tout contrat de vente, d'entreprise, de bail comprend généralement des particularismes locaux, si minimes soient-ils.

La seule réelle différence dans l'application de ces types d'usages tient à leur mode de preuve. Si le juge est censé connaître les usages de droit en vigueur dans une matière, il ne peut avoir connaissance de la multitude des usages dits conventionnels. Le demandeur se doit alors d'en

---

<sup>346</sup> Il en est de même en matière de hauteur des clôtures et de distances à respecter à partir du mur mitoyen pour le creusement d'un puits, la construction d'une cheminée, d'une forge etc. (article 553 et 674 du Code civil).

<sup>347</sup> Dans le domaine agricole, la chambre d'agriculture peut codifier les usages mais aussi les instaurer. Homologués par le Conseil général ils s'appliqueront alors dans le département. Article L.511-3 du Code rural

<sup>348</sup> Cass. com. 19 février 2002 n°97-21604, Contrats-conc. conso, juin 2002, n°6 p.19 Note L. Leveneur

apporter la preuve par une attestation délivrée par la fédération professionnelle à laquelle il est rattaché, soit par la reproduction d'un contrat-type préétabli dont les clauses reflètent l'usage habituel, soit par référence aux « parères », aux « certificats de coutume » disponibles en Mairie ou encore par témoignages.

Le renvoi aux usages de l'article 1135 peut également être transposé au renvoi opéré par les articles 1159 et 1160 du Code civil. Relatif aux méthodes d'interprétations des conventions, 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* » et l'article 1160 préconise pour sa part « *de suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles ne soient pas exprimées* ».

Dès lors, si les articles 1135 et 1159 font référence à la notion « *d'usage* » et l'article 1160 renvoie « *aux clauses qui sont d'usage* » dans certains contrats, un rapprochement doit être opéré entre ces termes. Les clauses dites d'usage sont généralement elles-mêmes créatrices d'usages car spéciales à une région ou à une profession, ce sont des clauses que les particuliers ou les professionnels ont pris l'habitude d'insérer dans certains types de contrats. Devenant ainsi une pratique de masse, ces clauses deviennent des clauses de style. C'est donc l'insertion répétée de ces clauses dans les contrats qui est à l'origine de nombreux usages.

Les contractants sont donc censés s'y être implicitement référés toutes les fois qu'ils ne les ont pas expressément écartées. Dans le silence du contrat, elles doivent donc être appliquées<sup>349</sup>. Toutefois, une certaine nuance doit être apportée. En effet, si l'article 1160 du Code civil autorise à suppléer dans les contrats, les clauses qui y sont d'usage, ce texte ne peut avoir pour effet de modifier l'économie du contrat en y introduisant, en raison du silence des parties, une clause qui modifierait l'essentiel de leurs droits et de leurs obligations. Une clause ne peut être dite d'usage au sens de ce texte que si, d'une part, il est à présumer que son omission est involontaire, les parties souhaitant vraisemblablement en faire application et si, d'autre part, cette application est possible sans que le juge ait à fixer des éléments de fait, dont la détermination relève exclusivement de la volonté des parties (article 1134).

Cette nuance présente un intérêt non négligeable car elle contribue à limiter les cas d'application des clauses d'usage omises par les contractants.

Néanmoins, cette nuance est beaucoup moins réductrice en droit commercial où les usages conventionnels sont très présents, les professionnels sont alors censés connaître les usages de leur propre branche d'activité.

A titre d'exemple, un usage constant entre commerçants précise que les prix s'entendent hors taxes sauf convention contraire<sup>350</sup>. Selon l'usage du Bordelais, la vente est jugée parfaite dès l'envoi aux parties, par le courtier en vins, de la lettre de confirmation sauf en cas de protestation à très bref délai<sup>351</sup>.

Contrairement aux dispositions de l'article 1202 du Code civil stipulant que la solidarité ne se

<sup>349</sup> Cass. Com 19 février 2002 *op.cit.*

<sup>350</sup> Cass. com. 9 janvier 2001, Gaz. Pal. somm. 1329 obs. Guével ; RTD civ 2001. 870 obs. J. Mestre et B. Fages

<sup>351</sup> Cass. com. 13 mai 2003 n°00-21555, D. 2004. 414 note Bahans et Menjuq ; JCP E 2004. 384 n°4 obs. Masquéfa

### Numéro 2 - mars 2013

présume point, la solidarité passive des codébiteurs commerçants est quant à elle présumée. Ainsi, la solidarité entre codébiteurs en droit commercial écarte l'application de l'article 1202. Cet usage antérieur au Code civil et maintenu depuis, a été validé par la Cour de cassation. Considérant cet usage conforme à l'intérêt commun du créancier et du débiteur, elle fait prévaloir l'usage sur la règle générale prévue par le Code civil.

La répétition systématique de ces clauses, ayant donné lieu à la formation de nombreux contrats type, est d'autant plus présente en droit commercial que ce dernier a longtemps reposé uniquement sur des règles coutumières mécaniques. En effet, aujourd'hui encore la loi n'a pour vocation que de réglementer les aspects essentiels du droit commercial, car le monde des affaires, en constante évolution nécessite une souplesse et une rapidité importante d'où la prépondérance des usages. Résultant de la généralisation d'une pratique par les professionnels dans un secteur d'activité ou un lieu déterminé, ils ont pour avantage de correspondre parfaitement à leurs besoins et d'évoluer selon les circonstances.

Aux vues de ces différents exemples civils et commerciaux, un premier constat sur l'autorité actuelle des coutumes peut être dressé.

Contrairement à ce qui peut se pratiquer dans d'autres régimes juridiques (common law), la coutume n'acquiert en France force obligatoire que si la loi s'y réfère.

C'est tout d'abord parce que la loi opère un renvoi implicite ou explicite aux coutumes et principalement aux usages que ces derniers acquièrent force obligatoire. L'intervention du législateur ou d'une autorité réglementaire est donc primordiale afin de rendre obligatoire l'application d'une coutume ou d'un usage. Ainsi, le législateur consent d'une certaine façon une délégation de pouvoir à la coutume ou aux usages.

Mais c'est également la nature supplétive de certaines dispositions précitées telles que, l'article 671 sur la distance des plantations ou les règles d'interprétation, qui permet aux usages de s'imposer, tout comme elle permettrait à la volonté contractuellement exprimée des parties de s'imposer. Dès lors, la question de savoir comment les usages avaient pu légitimement résister à l'autorité des lois n'est en réalité qu'un faux problème dans la mesure où, dans les matières qui ne sont pas régies par des règles d'ordre public, la loi n'étant elle-même que supplétive, rien n'interdit alors aux parties de faire prévaloir des usages locaux ou professionnels.

Ainsi, en matière d'interprétation des contrats, le Code civil propose au juge des règles préétablies. Or, étant de nature supplétive, rien n'empêche les contractants de prévoir dans leur contrat une règle d'interprétation différente obligeant le juge à interpréter le contrat selon un usage local ou professionnel particulier<sup>352</sup>. C'est donc parce que ces dispositions sont supplétives que l'on peut attribuer une quelconque force obligatoire aux usages et plus largement à la coutume.

A ce stade de l'analyse, il peut alors être intéressant de se demander s'il existe des hypothèses dans

---

<sup>352</sup>Pour la Cour de cassation, ces dispositions sont plutôt des conseils donnés aux juges en matière d'interprétation des contrats, que des règles impératives, dont les circonstances, même les plus fortes, ne les autoriseraient pas à les écarter. Cass. Req. 18 mars 1807, S. 1807 I p.361 ; J. Dupichot, *Pour un petit retour aux textes : défense et illustration du « petit guide âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil*, in Etudes offertes à J. Flour, Defrénois 1979 n°3

### Numéro 2 - mars 2013

lesquelles la force obligatoire de la coutume ou des usages peut être consacrée en dehors de tout renvoi, exprès ou implicite, de la loi.

De même, les usages l'emportant sur les dispositions supplétives, il peut alors s'avérer nécessaire pour compléter cette étude de confronter les coutumes ou usages à une loi impérative.

Cela revient donc à s'interroger sur l'autonomie de la coutume vis-à-vis d'une loi dite d'ordre public.

#### **B - L'autonomie de la coutume**

L'autorité des usages n'est donc pas différente de celle d'un contrat. Dès lors, pas plus qu'une convention expresse, ils ne peuvent déroger à une loi impérative. Les dispositions impératives, ayant pour finalité d'imposer un régime uniforme dans le périmètre de leur champ d'application, ne peuvent tolérer que subsiste des coutumes ou usages contraires. La loi en tant que règle de droit consciente l'emporte sur la coutume, règle de droit instinctive.

Or, malgré ce principe largement admis et imposé à tous, il existe des exceptions dans lesquelles la coutume restée en dehors de la loi, s'impose par elle-même, allant même, dans certaines hypothèses, jusqu'à l'emporter sur une loi impérative.

Malgré l'abrogation en bloc des coutumes générales ou locales par la loi du 30 ventôse an XII, des coutumes de l'ancienne France ont subsisté.

A ce titre la coutume dite *praeter legem* intervient pour suppléer une carence de la loi. Elle a pour but de combler un vide juridique et non pas de préciser un texte de loi. Elle intervient donc pour pallier aux carences législatives dans certains secteurs du droit.

Ainsi, le Code civil n'a jamais accordé de valeur juridique aux fiançailles. Cependant, la coutume veut « *qu'en cas de rupture brutale ou offensante des fiançailles à proximité du mariage, l'auteur puisse être condamné à payer des dommages et intérêts*<sup>353</sup> ». Malgré l'ignorance du Code civil au regard de cette situation de fait, la jurisprudence fait application de cette coutume. Les juges du fond recherchent alors le caractère fautif et abusif de la rupture pour allouer au concubin victime des dommages et intérêts. Cette sanction est alors évaluée en fonction des dépenses déjà engagées pour les préparatifs du mariage mais également de l'atteinte à l'honneur subi par le ou la fiancé(e) délaissé(e).

Dans ce dessein, la coutume intervient également dans l'attribution du nom patronymique de la femme mariée, prétendant que celle-ci doit prendre le nom de son mari. Cette coutume ancrée dans les esprits depuis des siècles n'a jamais été consacrée par le législateur. Le Code civil précise seulement en son article 264 qu'à la suite du divorce chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint. [...] Sauf en cas d'accord du conjoint ou d'autorisation du juge et à la condition que l'époux demandeur justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants.

Ce qui laisse supposer que rien n'interdit à l'homme marié d'adjoindre à son nom patronymique le nom de sa femme mais cette possibilité reste encore peu répandue et appliquée.

---

<sup>353</sup> A-F. Girard, La rupture des fiançailles au XIXe siècle : 1804-1914 : Etude de doctrine et de jurisprudence, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif avril 2000, n°2 p.799 ; V. Larribau-Terneyre, De l'abus caractérisé dans la rupture des fiançailles, Droit de la famille novembre 2005, n°11 p.22 ; Cass. Civ.1<sup>ère</sup> 14 février 1995 n°93-12863

### Numéro 2 - mars 2013

Le droit s'appuie ainsi sur les règles coutumières dans les différentes étapes de la vie familiale. A ce titre, le droit de visite et d'hébergement conféré à l'un des époux divorcé par la loi du 4 mars 2002 ne fixe aucunement les modalités d'exercice de ce droit<sup>354</sup>. La loi reste muette sur ce point. C'est donc la coutume qui dans la pratique a organisé la répartition du temps de garde des parents en fonction notamment des vacances scolaires et des week-ends. Preuve est donc faite que les vacances scolaires rythment aujourd'hui la vie de la société et par ricochet son droit, comme la plus irrésistible des coutumes !

Les juridictions du fond font aussi parfois œuvre de création pour donner naissance à de nouvelles coutumes. Il se peut ainsi qu'une jurisprudence constante se transforme en un principe qui, se suffisant à lui-même, devient une véritable coutume. En effet, après avoir sanctionné pendant une longue période les inconvénients anormaux de voisinage sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la Cour de Cassation s'est référée, dès le début des années 70<sup>355</sup>, au principe suivant lequel « *nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage* ».

C'est alors à partir de ce principe que la doctrine a élaboré la théorie des troubles anormaux de voisinage, moins rigoureuse que celle relative à l'abus de droit, permettant ainsi d'obtenir satisfaction même en l'absence de toute intention de nuire.

Parallèlement, il peut être inclus aux coutumes d'origine savante bon nombre de Principes généraux du droit venant combler les manquements de la loi. Il s'agit non pas de pure création de la doctrine ou de la jurisprudence mais plutôt de principes inspirés de l'esprit de notre droit et révélés à travers certains textes trop fragmentaires. Peut ainsi être cité le Principe général du droit prononçant la nullité des promesses de mariage pour atteinte à la liberté devant régner dans la formation du lien conjugal (complément de l'article 146). L'enrichissement sans cause (article 555 et 1437) et le nominalisme monétaire (article 1895) sont également des principes dégagés par les juristes en l'absence de précisions légales.

Dans le silence des règles civilistes, la coutume tant populaire que savante dispose donc d'une autorité certaine. Néanmoins, la coutume ne se contente pas toujours de compléter ou de suppléer la loi. Certaines vont jusqu'à s'opposer aux dispositions légales d'ordre public. Certes, il a été démontré que les usages et coutumes pouvaient s'imposer face aux dispositions supplétives mais le procédé semble plus délicat face à une loi impérative. Pourtant, quelques rares exceptions peuvent être invoquées :

C'est ainsi le cas de la règle de l'interdiction de l'anatocisme. D'après cette dernière les intérêts échus des capitaux ne peuvent à leur tour produire des intérêts qu'à la condition qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière (article 1154a du Code civil). Or, si en droit civil, les intérêts ne se capitalisent pas, à l'inverse le droit commercial autorise leur capitalisation. Il s'agit d'un usage bancaire, autorisant la capitalisation à chaque arrêté de compte, opéré généralement tous les trois mois, ce qui conduit à incorporer au solde provisoire les intérêts du compte et à les rendre eux-mêmes productifs d'intérêts à des intervalles inférieurs à un an. Or, malgré le caractère impératif de

---

<sup>354</sup> Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale ; H. Fulchiron, *L'autorité parentale renouvelée, commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale*, par, Defrénois, 15 août 2002, p. 959

<sup>355</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 4 février 1971 n°69-13889 et 69-14964 ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 24 mai 1971 n°70-11119

### Numéro 2 - mars 2013

la règle posé par le Code civil, les tribunaux se fondent sur l’usage contraire pour valider ce procédé.

Parmi ces rares exceptions peut également être citée à titre d’illustration la maxime « *Fraus omnia corrumpit* » : « *la fraude corrompt tout* » autrement formulée « *la fraude fait échec à toutes les règles* ». Cette maxime n'est reprise dans aucun texte, mais reste inscrite dans la conscience populaire. La condamnation de la fraude a alors pour effet de paralyser la norme juridique qui validait une opération quelconque. La révélation d’une fraude fait ainsi obstacle à la règle de droit normalement applicable, quel que soit son caractère impératif.

De même l’adage « *Error communis facit jus* » : « *l’erreur commune crée le droit* » prime sur les dispositions d’ordre public. En effet, l’ignorance de la loi, lorsqu’elle est collective peut être prise en considération et l’emporter sur la loi elle-même. (Maxime : nul n’est censé ignorer la loi). Ce peut être le cas en présence d’un texte obscur ou d’une interprétation inexacte qui aurait été suivie par les tribunaux dans une suite ininterrompue d’arrêts. Entre la règle valable mais méconnue et la règle inexacte mais reconnue par tous, la dernière l’emporte. Une coutume contraire à la loi l’emporte.

Rappelons également à titre anecdotique que le 29 avril dernier, plusieurs députés radicaux de gauche ont déposé une proposition de loi à l’Assemblée nationale pour abroger l’interdiction, toujours en vigueur, du port du pantalon par les femmes.

Le texte d’interdiction est une ordonnance de police du 26 brumaire an VIII (17 novembre 1799). Elle visait à éviter que les femmes se travestissent. Le port du pantalon n’était autorisé que pour des raisons médicales et était soumis à une demande d’autorisation à la Police.

Mais dans les années 1970, le pantalon se popularise. Le blue jean débarque des Etats-Unis. Le port du pantalon devient alors un véritable mode de vie, un usage moderne faisant ainsi tomber en désuétude l’ordonnance de 1799...

Néanmoins, force est de constater que le désintérêt des auteurs du XIXe siècle envers la coutume a perduré. Les coutumes n’ont cessé de disparaître au fil du temps. Le juriste français recense bien encore quelques règles coutumières dont nous avons exposé ici les traits principaux, mais le fait même de pouvoir les isoler, les recenser, n’est-il pas un indice fort du tarissement de cette source...

#### **Bibliographie**

##### **I. Ouvrages spéciaux, monographies et thèses**

AUBRY (Ch.) et RAU (Ch-F.)

*Cours de Code Napoléon*, Paris 6<sup>ème</sup> éd. Libr. Marchal et Billard 1959

DEMOLOMBE (Ch.)

*Cours de Code Napoléon*, Paris L. Hachette 1854

DUGUIT (L.)

*Traité de droit constitutionnel*, Paris Cujas 1970

GENY (Fr.)

*Méthodes d’interprétation et source en droit privé positif*, LGDJ 1954

GILISSEN (J.)

*La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Colloque organisé les 16-17 mai 1960 par le Centre d'histoire et d'ethnologie juridiques Bruxelles 1962.

JOSSERAND (L.)

*Cours de droit civil positif*, Paris Sirey 1938

LEBRUN (A.)

*La coutume, ses sources et son autorité en droit privé, contribution à l'étude des sources du droit positif à l'époque moderne*, Paris LGDJ 1932

NORA (P.)

*Le Code civil, les lieux de mémoire*, Paris Gallimard 1997

PLANIOL (M.)

*Traité élémentaire de droit civil*, 7e éd. LGDJ 1915

## II. Articles de doctrine

BOUDON (J.)

*Les projets de Code civil « de Cambacérés » et le thème de l'imitation de la nature*, Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, août 2004, n°39 p.91

BOUDON (J.)

*Les projets de Code de civil de Cambacérés et le thème de l'imitation de la nature*, Revue droit et coutume p.91

BOUGLE (C.)

*Au cœur « des traditions mystérieuses de la Cour de cassation »*, Dalloz 3 août 2006, n°29 p.1991

CORNU (G.)

*L'unité du Code civil*, Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, septembre 2006, n°42 p.147

DUPICHOT (J.)

*Pour un petit retour aux textes : défense et illustration du « petit guide âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil*, in Etudes offertes à J. Flour, Defrénois 1979 n°3

DURANT (B.)

*Evolution historique de la règle*, JCP E 16 novembre 1995, n°46 p.2

FEDDAL (Ch.)

*La coutume : fait moral et source du droit*, La Gazette du Palais 9 février 1997, n°40 p.14

FULCHIRON (H.)

*L'autorité parentale rénovée, commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale*,

Defrénois, 15 août 2002, p. 959

GAZZANIGA (J-L.)

*Rédaction des coutumes et codification*, Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, octobre 1997, n°26 p.71

GIRARD (A-F.)

*La rupture des fiançailles au XIXe siècle : 1804-1914 : Etude de doctrine et de jurisprudence*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif avril 2000, n°2 p.799

JACQUEMINOT (J.)

*Projet de Code civil présenté à la Commission législative des cinq cents au nom e la section de législation*, Revue droit et coutume 2005 p.26

JESTAZ (Ph.)

*Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre*, RTD civ. Avril 1996, n°2 p.299

HILAIRE (J.)

*La naissance et la naissance du droit français*, Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, novembre 2004, n°40 p.129

KRYNEN (J.)

*Le droit romain, « droit commun de la France »*, Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, octobre 2003, n°38 p.21

LA CODIFICATION II

Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, octobre 1997, n°26 p.3

LA CODIFICATION III

Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, janvier 1998, n°27 p.3

LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

*De l'abus caractérisé dans la rupture des fiançailles*, Droit de la famille novembre 2005, n°11 p.22

LEFEBVRE-TEILLARD (A.)

*Naissance du droit français : l'apport de la jurisprudence*, Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, octobre 2010, n°38 p.69

MOATIO (C.)

*Le sens de l'histoire dans l'interprétation juridique romaine*, Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, octobre 1999, n°30 p.3

RENOUX-ZAGAME (M-F.)

*Histoire de la pensée juridique*, Le Chancelier d'Aguesseau : lumières de la pensée juridique, Conférence organisée par la Cour de cassation, CD Rom 2007

RONDONNEAU (L.)

## Numéro 2 - mars 2013

*Corps de droit français civil, commercial et criminel*, Paris Garnery 1811, Titre V Du mariage p.34 et s.

SAMUEL (G.)

*L'esprit de non codification : le common law face au Code napoléon*, Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique novembre 2005, n°41 p.123

SOLEIL (S.)

*Les magistrats de second rang et la formation du droit français. Les règles du droit français de Clause Pocquet de Livonnière, conseiller au présidial d'Angers*, Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, novembre 2004, n°40 p.81

THIREAU, (J-L.)

*Les arrêts de Guillaume de Lamoignon : une œuvre de codification du droit français ?*, Droits, 2004 T.39, Naissance du droit français / 2 p.53-68

*Fondements romains et fondements coutumiers du Code civil*, Revue française de théorie juridique, de philosophie et de cultures juridiques 2005, n°42 p.3

La Rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent : colloque organisé les 16-17 mai 1960 par le Centre d'histoire et d'ethnologie juridiques sous la dir. de John Gilissen, les éd. de l'Institut de sociologie 1962

### III. Jurisprudence

- Cass. com. 13 mai 2003 n°00-21555, D. 2004. 414 note Bahans et Menjucq ; JCP E 2004. 384 n°4 obs. Masquéfa

- Cass. com. 19 février 2002 n°97-21604, Contrats conc. conso, juin 2002 n°6 p.19 Note L. Leveueur

- Cass. com. 9 janvier 2001, Gaz. Pal. somm. 1329 obs. Guével ; RTD Civ 2001. 870 obs. J. Mestre et B. Fages

- Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 4 février 1971 n°69-13889 et 69-14964 ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 24 mai 1971 n° 70-11119

## II – L'appréciation de la coutume : le rôle du juge et du commentateur

### LE COMMENTAIRE DE COUTUMES : ROLE ET PORTEE (L'EXEMPLE DE L'AUVERGNE, XVI<sup>e</sup> - XVIII<sup>e</sup> SIECLES).

*Jacqueline VENDRAND-VOYER,  
Professeur émérite d'histoire du droit*

#### I - Un outil de travail conçu et utilisé par la pratique

##### A - Comprendre, expliquer, proposer

##### B - Transmettre un savoir coutumier

#### II - L'expression affirmée d'un particularisme juridique

##### A - « Esprit de la coutume » et droit supplétoire

##### B - Mémoire et tradition

Le commentaire de coutume est une œuvre juridique connue mais insuffisamment étudiée. Cette littérature nouvelle apparue peu après la rédaction officielle des coutumes s'impose jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>356</sup>. Les historiens du droit soulignent son importance mais nuancent leur opinion quant à son intérêt scientifique. Leurs études privilégient les ouvrages soutenant la doctrine du droit commun coutumier et relèguent au second plan les analyses et explications limitées au droit d'une province, les commentaires auvergnats, pris en exemple ici, appartiennent à cette dernière catégorie. Ces travaux ne méritent pas un tel désintérêt, numériquement majoritaires, ils présentent une indéniable utilité par leur apport à la science du droit coutumier<sup>357</sup>. Durant trois siècles, dans chaque province du royaume, le commentaire de coutume reste en permanence l'outil de travail indispensable aux juges et avocats qui en sont toujours les auteurs. Issu de la pratique il reflète sa méthode de travail et témoigne de sa réflexion sur un droit complexe journalièrement appliqué (I). Cette réflexion peut aboutir à une construction doctrinale mais seule une minorité

<sup>356</sup> En 1454, par l'ordonnance de Montils les Tours, (art.125), Charles VII prescrit la rédaction des coutumes du royaume, elle se réalise essentiellement sous les règnes de Louis XII et François 1<sup>er</sup>.

<sup>357</sup> Au début du XX<sup>e</sup> siècle déjà, E. Glasson regrette cette indifférence : « Les historiens n'ont pas suffisamment rendu justice ni à l'œuvre considérable de la rédaction des coutumes, ni à la science du droit coutumier », *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. VIII, Paris 1903, p.21.

d’auteurs s’y livre pleinement<sup>358</sup>, les autres prennent indirectement position dans leurs commentaires en relativisant les doctrines unificatrices pour maintenir dans leur intégrité les particularismes juridiques de leur pays (II).

#### I - Un outil de travail conçu et utilisé par la pratique

En Auvergne la procédure de rédaction de la coutume s’ouvre en juin 1510, le texte rédigé par les juristes locaux sous l’autorité de deux commissaires royaux, Duprat et Picot, est approuvé par les représentants des trois Etats, contrôlé par le Parlement puis promulgué la même année. La coutume orale définitivement fixée est largement diffusée grâce au développement de l’imprimerie<sup>359</sup>, un code du droit de la province remplace les coutumiers privés, compilations et commentaires d’usages oraux collectés par les juristes locaux au cours de leur carrière mais sans force probante. Très vite on s’interroge sur ce texte officiel, les lacunes et les obscurités dues à une rédaction rapide<sup>360</sup> incitent les juges et les avocats des sénéchaussées à noter leurs remarques. Destinées à un usage personnel ces observations restent le plus souvent manuscrites, parfois leur auteur décide de les publier. Ces commentaires, qui taisent leur nom car presque toujours intitulés « *Les coutumes du bas et haut pays d’Auvergne* »<sup>361</sup>, facilitent la connaissance des cinq cent quatre vingt trois articles répartis en trente et un chapitres, tous expliqués après vérification du texte et correction des erreurs relevées dans les publications antérieures<sup>362</sup>. Leur succès est grand, ces usuels indispensables au sein des juridictions (A) transmettent une science coutumière à la pratique locale (B).

#### A - Comprendre, expliquer, proposer

<sup>358</sup> Certains auteurs vont au-delà du simple commentaire pour dégager des principes généraux, Charles Dumoulin, dès 1539, évoque un droit commun fondé sur l’étude comparative des coutumes dans son commentaire sur la coutume de Paris puis développe ses idées dans un ouvrage plus général, *Oratione concordia et unione consuetudinum Franciae* (1547) ; Guy Coquille, commentateur de la coutume de Nivernais, prône un droit unifié dans *l’Institution au Droict des François* (1595) ; Pothier fait précéder son commentaire de la coutume d’Orléans (1760) d’une introduction générale au droit coutumier puis aborde sous forme de traité, en prologues conséquents, l’objet de chaque titre avant de donner le texte de la coutume et un rapide commentaire. Ce dernier n’est que le prétexte et le support d’un grand exposé sur le droit commun coutumier. Précédemment, Antoine Loisel, *Institutes coutumières* (1614) et Pierre de l’Hommeau, *Maximes générales du droit français* (1614) traduisent ce courant de pensée sous forme de sentences faciles à mémoriser. L’œuvre de François Bourjon, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes* (1747) fait de la coutume de Paris, « coutume princesse » un modèle privilégié.

<sup>359</sup> Les premières éditions suivent la promulgation du texte. Des libraires-imprimeurs éditent le texte de la coutume copié sur l’expédition authentique, manuscrit contresigné par les commissaires et déposé au greffe des sénéchaussées et sièges présidiaux ainsi qu’au parlement de Paris. La coutume d’Auvergne est publiée en 1511 par l’imprimeur parisien Nicolas Petit, puis par le clermontois Nicolas Durand en 1538. Les rééditions clermontoises de 1552, 1570, 1581 et 1587 apportent des corrections (A. Zinc, « Les éditions des coutumes d’Auvergne », *Cahiers du Centre de recherches historiques*, n°26, avril 2001, Paris, Centre de Recherches historiques, p. 132-169).

<sup>360</sup> La coutume a été rédigée en deux mois, la rapidité d’écriture et les conséquences qui en découlent se constatent dans d’autres provinces du royaume.

<sup>361</sup> Il y a deux exceptions, Aymon (*Commentarii in consuetudines Arverniae*, Paris, 1548) et Basmaison (*Paraphrase sur les coutumes du bas & hault pays d’Auvergne*, Clairmont, 1608).

<sup>362</sup> Les commentateurs reprennent les éditions précédemment imprimées mais ne contrôlent pas toujours leur conformité avec le texte authentique. Des différences, même minimes, peuvent entraîner une mauvaise interprétation de l’article, Chabrol, soucieux de la fidélité au texte d’origine le consulte à plusieurs reprises au greffe de la sénéchaussée d’Auvergne, par exemple sous l’art. 28, Chapitre XXII, *Des Fiefs*, il écrit : « il s’est glissé une faute considérable dans plusieurs éditions de la coutume, notamment dans celles de Basmaison & de Prohet : on y suppose que la majorité féodale est de vingt cinq ans, & elle n’est que de vingt ans ; je m’en suis rendu certain, en vérifiant au greffe civil la minute signée Duprat & Picot, commissaires pour la rédaction... » (*op. cit.*, t. 3, p. 191). Voir également art. 7, Chapitre XII, *Des successions testamentaires*, (*ibid.* t. 1, p. 291) ; art. 20, Chapitre XVI, *Des achapts, Loux & Ventas* (*ibid.* t. 2, p. 645-646).

Du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècles, une élite de juristes provinciaux s’attache à comprendre la coutume rédigée pour une plus grande équité et une justice rendue dans l’intérêt de tous. En Auvergne deux ouvrages sont simultanément publiés en 1548, rédigés l’un par Aymon magistrat savoyard exilé politique à Montferrand, l’autre par Bessian avocat auvergnat parti exercer à Toulouse. Les commentateurs utilisent le latin alors que la coutume est écrite en français ce qui incite Aymon à traduire l’ensemble des articles pour rendre son travail plus cohérent<sup>363</sup>. La *Paraphrase* de Basmaison, avocat riomois, paraît à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, elle est suivie des coutumiers de Prohet, autre avocat riomois<sup>364</sup> et de Chabrol avocat du roi à la sénéchaussée d’Auvergne et siège présidial de Riom<sup>365</sup>. Ces ouvrages se présentent tous sous une forme identique inspirée par les méthodes traditionnelles des romanistes et des canonistes, l’auteur glose la coutume article par article dans l’ordre proposé par le texte officiel sans présenter d’exposé d’ensemble. Ce procédé couramment utilisé dans toute la France coutumière manque d’originalité<sup>366</sup> mais permet d’éclairer et d’interpréter rationnellement les règles juridiques malgré les renvois et répétitions suscités. L’auteur ne conçoit pas une œuvre de doctrine construite et critique, mais agit en professionnel qui transmet à d’autres professionnels son expérience et sa connaissance approfondie de la coutume sous une forme pratique pour une consultation aisée.

Si la forme ne varie pas le contenu du commentaire, en revanche, s’étoffe et se modifie. En l’espace de trois siècles la paraphrase descriptive des débuts se transforme par étapes en un commentaire scientifique et comparatif. Les *glosses* ou petites notes succinctes d’Aymon comme les longs développements de Bessian sont caractérisés par une interprétation de la coutume vue essentiellement à travers le prisme du droit romain droit commun<sup>367</sup>. Cette adhésion à une doctrine couramment suivie à leur époque se comprend d’autant mieux que le droit romain régit en partie l’Auvergne et imprègne certaines règles coutumières<sup>368</sup>. Basmaison l’utilise encore dans ses *Paraphrases* mais développe un raisonnement juridique plus autonome, influencé par Dumoulin il considère la coutume comme une source de droit propre indépendante d’un droit écrit commun et

<sup>363</sup> Il ignore les directives de l’ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539, dorénavant le latin n’est plus la langue du droit, son usage est interdit dans les procès et actes juridiques (art. 110 et 111).

<sup>364</sup> *Coutumes du haut et bas pays d’Auvergne, conférées avec le droit civil et avec les coutumes de Paris, de Bourbonnois, de la Marche, de Berri, et de Nivernois*, Clermont-Ferrand, 1745.

<sup>365</sup> *Coutumes générales et locales de la province d’Auvergne*, Riom, 4 tomes, 1784-1787. J. Vendrand-Voyer, notices : « Aymon », « Basmaison-Pougnet », « Bessian », « Chabrol », « Prohet », *Dictionnaire historique des juristes français* (dir. P. Arabeyre, J.-L. Halpérin ; J. Krynen), PUF, Paris, 2007, p. 30 ; 46 ; 81 ; 644.

<sup>366</sup> Pothier ira au-delà de cette méthode (cf. supra n. 3). Précédemment, Auroux des Pommiers, commentateur de la coutume de Bourbonnais, envisage de faire un travail de synthèse sur des thèmes donnés dans le but d’obtenir un exposé plus cohérent et une connaissance conceptualisée de la coutume, « en prenant ce parti, écrit-il, on est le maître de sa matière, on la traite avec toute l’étendue qu’il plaît, on en instruit parfaitement son lecteur, & on le conduit insensiblement à l’intelligence de chaque article de la Coutume ». Dissuadé par une personne de son entourage il reprend avec regret la forme traditionnelle du commentaire (*Les Coutumes du duché et pays de Bourbonnais*, Paris, 1654, *Au Lecteur, Raisons de l’Ouvrage*). J. Vendrand-Voyer, « Auroux des Pommiers. Commentaire de la coutume de Bourbonnais », *Les Juristes en Auvergne du Moyen-âge au XIX<sup>e</sup> siècle, t.1, Passé et présent du droit, n° 7*, Ed. Le Manuscrit, Paris 2009, p. 179-197

<sup>367</sup> L’un et l’autre lui sacrifient l’esprit véritable de la coutume ; fondement du raisonnement juridique le droit romain, « raison écrite », joue le rôle de droit supplétoire.

<sup>368</sup> La haute Auvergne est en grande partie régie par le droit écrit alors que la basse Auvergne est de droit coutumier, mais il n’existe pas de frontière nette entre les deux, des lieux de basse Auvergne relèvent du droit écrit et des lieux de haute Auvergne dépendent de la coutume ce qui crée des enclaves de taille variable dans chacun des deux pays (J. Hilaire, « Une frontière incertaine. La limite des pays de coutumes et des pays de droit écrit », *La vie du droit*, Paris, 1994, p.157-184). En pays coutumier le droit écrit s’impose avec le régime dotal, on le retrouve aussi dans le régime de capacité des personnes.

en donne une interprétation personnelle fruit de son expérience professionnelle<sup>369</sup>. A partir du XVII<sup>e</sup> siècle le commentaire revêt un aspect plus rigoureux et plus ouvert<sup>370</sup>, on constate un recours accru à la jurisprudence, une analyse approfondie des arrêts importants, l'utilisation critique de la doctrine, la mention de la législation royale modifiant ou complétant certains points de la coutume, la généralisation de la référence aux autres coutumes du royaume<sup>371</sup>.

Tout aussi remarquable est la continuité de pensée qui s'installe à la même époque grâce à la réédition complétée et annotée des commentaires existants.

#### B - Transmettre un savoir coutumier

La pratique de la mise à jour est utilisée à trois reprises en Auvergne. En 1640 Georges Durand, avocat à la sénéchaussée de Clermont, réunit les commentaires d'Aymon et Bessian et les traduit librement en français, il coupe certaines digressions inutiles et rajeunit le texte d'origine par des observations personnelles et des références à la jurisprudence et à la pratique locales<sup>372</sup>. L'exemple des *Paraphrases* de Basmaison et de leur réédition en 1667 par l'avocat Guillaume Consul est encore plus significatif<sup>373</sup>. Basmaison, pour qui les *Paraphrases* étaient un travail préparatoire à un grand commentaire jamais rédigé, utilise sans les citer la *Practica Forensis* de Masuer<sup>374</sup>, des fragments du Digeste, du Code de Justinien, des glossateurs, la doctrine et les commentaires de coutumes de son époque<sup>375</sup>, des décisions de jurisprudence et des enquêtes par turbe. Consul actualise le langage et le style d'un texte devenu difficilement compréhensible puis note en marge du commentaire, aux côtés de ses interprétations personnelles, les références exactes de ces sources variées. Par la correction de ses carences scientifiques<sup>376</sup> il accroît et affermit le prestige et la qualité d'un ouvrage encore très utilisé, apprécié pour la clarté et la finesse de son analyse. Au XVIII<sup>e</sup> siècle l'avocat Pierre-Paul Artaud reprend cette pratique en intégrant au commentaire de Prohet législation nouvelle et jurisprudence récente<sup>377</sup>.

Ces mises à jour répétées génèrent une filiation intellectuelle reliant à travers les siècles un ensemble de juristes dépositaires d'une science coutumière peu à peu élaborée, reprise, complétée, parfois

---

<sup>369</sup> Au cours de ses études de droit à Paris Basmaison se lie d'amitié avec Dumoulin, c'est sur ses conseils qu'il rédige les *Paraphrases*. Dans son ouvrage il mentionne les enquêtes par turbe auxquelles il a participé en tant que turbier chargé par les juges, avec d'autres prud'hommes renommés pour leur expérience et leur savoir coutumier, de rappeler ce qu'était exactement la règle objet de litige (cf. infra n. 39). Cette procédure, fondée sur la transmission orale des usages, palliait l'absence de texte écrit et faisait office de preuve de la coutume.

<sup>370</sup> Aymon ne mentionnait pas les nombreuses coutumes locales des bas et haut pays d'Auvergne et oubliait de publier et de commenter les derniers articles de la coutume générale.

<sup>371</sup> Cette dernière et importante référence apparaît dans le titre du commentaire de Prohet (cf. supra n. 9).

<sup>372</sup> Coutumes d'Auvergne paraphrasées par Aymon et Bessian, traduites du latin et enrichies d'observations, Paris, 1640.

<sup>373</sup> Coutumes du haut et bas pays d'Auvergne, avec la paraphrase de M. Jean de Basmaison-Pougnnet, Avocat à la Sénéchaussée d'Auvergne & siège présidial de Riom, & les notes de M. Charles du Molin, revue & beaucoup augmentée par Maître Guillaume Consul Avocat en Parlement, Clermont, 1667.

<sup>374</sup> Ce coutumier privé auvergnat rédigé au XV<sup>e</sup> siècle a servi de modèle aux rédacteurs de la coutume (J. Vendrand-Voyer, notice « Masuer », *Dictionnaire historique...*, p.546-547).

<sup>375</sup> Par exemple B. de Chasseneux sur la coutume de Bourgogne.

<sup>376</sup> « l'Auteur ayant dit ses sentiments dans certaine Paraphrase, n'avoit pas pris le soin de les autoriser, ny de citer les lois & les endroits des Docteurs qui appuyoient ses opinions... (on a précisé)...en marge...les loix & les lieux des Auteurs, desquels ont esté tirées les principales décisions », *op. cit.*, Préface.

<sup>377</sup> Coutumes du Haut et Bas Pays d'Auvergne avec...les observations de M<sup>e</sup> Claude-Ignace Prohet... augmentées de nouvelles notes... par Mr. \*\*\* (P.-P. Artaud) avocat en parlement, Clermont-Ferrand, 1745.

critiquée<sup>378</sup>. Les deux derniers commentateurs, Prohet et Chabrol, améliorent encore cette connaissance du droit en recherchant son origine dans l’histoire complexe de l’Auvergne. Ils consultent et analysent des sources documentaires anciennes propres à éclairer les mœurs et les traits de caractère spécifiques à la province.

Tous perpétuent et actualisent une tradition conservatrice bien marquée chez les juristes auvergnats qui, à toute époque, souhaitent maintenir un génie propre à la coutume. Le commentaire transmet, renforce et officialise cette position de la pratique souvent peu sensible aux doctrines en vogue.

## II - L’expression affirmée d’un particularisme juridique

Quand la coutume est muette ou obscure sur une question il faut recourir à un droit supplétoire, droit romain ou autre norme coutumière, voisine généralement, tout en conservant « l’esprit de la coutume » (A). L’emploi de cette expression fréquemment utilisée par les commentateurs n’est pas anodin, il témoigne de la primauté de la coutume sur un droit supplétoire trop vite élevé au rang de droit commun par des juristes parisiens. Les racines d’un droit venu du terroir qui reflète le « vray naturel » des habitants d’une province singulière ne sont jamais perdues de vue (B).

### A - « Esprit de la coutume » et droit supplétoire

En règle générale le commentaire s’élève rarement au-dessus des réalités provinciales, la connaissance des doctrines est réelle, les références aux ouvrages novateurs prônant un droit coutumier commun s’y retrouvent mais l’adhésion à ces théories reste nuancée voire écartée<sup>379</sup>. Sages et pragmatiques, les commentateurs emploient la règle se rapprochant le plus de « l’esprit de la coutume », identité juridique propre à leur province, ils utilisent prudemment et en fonction des cas le droit romain ou les coutumes proches de la règle litigieuse.

En Auvergne, le droit écrit est supposé être le « droit commun » de la province parce que « loi originaire »<sup>380</sup>, l’article 1<sup>er</sup> du Chapitre XIII et certaines coutumes locales semblent en témoigner<sup>381</sup> mais leur portée réelle reste floue, peut-être volontairement. On ne rencontre jamais la volonté de développer son influence sur les règles coutumières d’une province où il occupe une place importante, une unification partielle du statut juridique des auvergnats, partagé entre ces deux sources, n’est jamais envisagée. Basmaison l’utilise encore beaucoup, mais non systématiquement à

<sup>378</sup> Consul insiste sur le fait qu’il a noté « toutes les opinions de l’Auteur qui ne sont pas suivies, & que les Arrêts de la Cour, & l’usage ont changées ou condamnées », *op. cit.*, Préface.

<sup>379</sup> Auroux des Pommiers illustre parfaitement le profond attachement à un droit bourbonnais qui ne doit subir ni l’influence du droit romain (quasiment ignoré dans son commentaire) ni l’influence de la coutume de Paris traitée comme toutes les autres coutumes du royaume et à qui il refuse de donner une autorité particulière : « au défaut de la Coutume, & dans les cas où elle ne s’explique pas la Coutume de Paris ni les voisines n’ont pas l’autorité de Loix & ne peuvent servir de raison » ( *op.cit.* ; *Au Lecteur, Raisons de l’Ouvrage*).. Voir J. Vendrand-Voyer, « Auroux des Pommiers... », p. 190.

<sup>380</sup> Sur la persistance du droit romain en Auvergne et l’utilisation du Bréviaire d’Alaric encore au XI<sup>e</sup> siècle voir C. Lauranson-Rosaz « Le Bréviaire d’Alaric en Auvergne. Le *Liber legis doctorum* de Clermont », M. Rouche & B. Dumézil (dir), *Le Bréviaire d’Alaric aux origines du Code civil*, PUPS, 2008, p. 241-256.

<sup>381</sup> « Comme le droit romain est la loi originaire de l’Auvergne, on lui a conservé plus soigneusement, depuis l’introduction des coutumes, la dénomination de droit commun. La coutume d’Auvergne le qualifie ainsi en l’article 1<sup>er</sup> du titre 13...par les articles 1 & 2 du titre 24 la coutume locale de Saint-Bonnet-le-Bourg dit que ce lieu se régit partie par le droit commun, partie par les coutumes générales ; & la coutume locale de Courpière l’appelle le droit commun & écrit » (G.-M. Chabrol, *op. cit.*, t.1, Dissertation sur l’origine et les motifs de l’introduction & du mélange du Droit Ecrit & du Droit Coutumier, dans la Province d’Auvergne, p. xijj).

la différence de ses deux prédécesseurs. Pourtant l'utilisation du droit écrit, référence majeure, se perpétue jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle en raison de son influence sur des règles telles que la tutelle ou le régime dotal, dans ces cas précis les commentateurs voient en lui « l'esprit » de la coutume qu'il a modelé, à qui il a donné ses caractères propres<sup>382</sup>. Les autres mesures, purement coutumières, celles régissant les successions par exemple, sont confrontées à des coutumes comparables en cas d'obscurité du texte. Leur analyse et l'étude de la jurisprudence s'y rapportant conduisent les auteurs à « interpréter (leur) coutume de la même manière » mais dans le respect de « l'esprit de la loi »<sup>383</sup>.

Comme partout en France les juristes auvergnats reconnaissent l'existence de similitudes entre les coutumes, de « tendances générales supérieures à toutes les divergences provinciales »<sup>384</sup>. Ils interprètent l'article litigieux à la lumière de ces « maximes générales » quand leur « esprit » est proche de celui de leur coutume<sup>385</sup>. Ce ralliement n'est pas toujours évident, si Chabrol adopte quelques fois cette position, les auteurs antérieurs au XVIII<sup>e</sup> siècle sont plus réticents, leur raisonnement reste le plus souvent limité au droit local confronté aux coutumes voisines. Celles-ci occupent une place importante dans les commentaires, les emprunts aux coutumes de Bourbonnais, de la Marche, parfois de Nivernais et de Berry sont nombreux, et réciproquement, elles ne sont pas « maîtresses coutumes » mais coutumes sœurs et partagent un même et précieux « esprit coutumier ». La coutume de Paris, peu citée, est rarement suivie<sup>386</sup> pourtant, dès le XVI<sup>e</sup> siècle, une doctrine influente tente d'imposer le modèle de cette coutume réformée en 1580 et qualifiée de « généralissime ».

La règle locale doit conserver le génie de ses origines, la consultation de la mémoire coutumière participe à ce maintien.

#### **B - Mémoire et tradition**

Les commentateurs ne perdent jamais de vue les racines d'un droit ancestral. Pour mieux les retrouver et les cerner ils utilisent jusqu'à la fin de l'Ancien Régime la *Practica forensis* de Masuer, pourtant antérieure à la rédaction de la coutume, mais aussi le savoir et l'expérience de la pratique conservés dans un important ensemble de manuscrits : commentaires privés, recueils de jurisprudence locale, nombreuses notes marginales consignées dans les coutumiers<sup>387</sup>. Cette documentation, précieuse et originale, ancienne ou plus récente, est consultée par les commentateurs dans les bibliothèques des juges et des avocats. Elle témoigne de l'intelligence de la règle adoptée jadis par les habitants de la province et éclaire le texte litigieux par la confrontation d'interprétations faites à diverses époques et l'examen des jugements et arrêts rendus dans la province. Ces sources spécifiques se substituent en partie aux enquêtes par turbes dont elles n'ont

<sup>382</sup> G.-M. Chabrol, *op.cit.*, t.2, p. 149 sv.

<sup>383</sup> Par exemple G.-M. Chabrol se réfère à la coutume d'Amiens et à celle de Ponthieu (sous l'art. 8, Chapitre XII, *op. cit.*, t. 1, p. 297-298).

<sup>384</sup> P. Petot, *Histoire du droit privé français*, t.1, Paris, 1992, p. 97.

<sup>385</sup> « Mais cette interprétation répugne trop aux maximes générales, pour pouvoir être adoptée », (G.-M. Chabrol, *op. cit.*, t. 1, p. 297 sous l'art. 8, Chap. XII).

<sup>386</sup> Entre autres exemples : « Les coutumes qui comme celles de l'Auvergne, fixent une quotité certaine sans distinguer la nature des biens (Nivernais, Marche, Bourbonnais), semblent plus raisonnables que celle de Paris & d'autres... », (G.-M. Chabrol, *ibid.*, t. 2, p. 6, sous l'art. 51, Chapitre XII).

<sup>387</sup> J. Vendrand-Voyer, « Les avocats et la science du droit coutumier (XVI<sup>e</sup> – XVIII<sup>e</sup> siècle) », *Actes et mémorial, Biennales du barreau de Clermont-Ferrand* (dir. Bâtonnier J.-L. Gaineton), tome 1, 2009-2010, Clermont-Ferrand, 2010, p. 229-237.

pas l'autorité, leur étude permet de rester dans les chemins naturels de l'esprit coutumier. Le recours aux manuscrits les plus anciens est souvent privilégié, ainsi Chabrol examine les commentaires des juristes ayant participé à la procédure de rédaction ou contemporains de celle-ci, il veut retrouver un authentique esprit de la coutume dont l'autorité s'appuie uniquement sur la tradition<sup>388</sup>.

Cette position qui pourrait être jugée rétrograde perpétue une tradition conservatrice et particulariste déjà manifestée en 1510. Les rédacteurs utilisent les coutumiers privés renommés pour leur qualité, le procès-verbal de rédaction parle très généralement des « cayers des coutumes autrefois rédigés par écrit » et des « anciens coutumiers dudit pays » mais ne révèle aucun nom, pas même celui de Masuer dont l'œuvre rédigée quelques années plus tôt est la grande source d'inspiration du texte officiel<sup>389</sup>. Le futur chancelier Duprat qui préside les séances de rédaction reprend les règles traditionnelles, rappelle la présence du droit écrit en Auvergne, aussi importante que celle de la coutume, mais ne cherche pas à intégrer des règles d'origine romaine au texte officiel<sup>390</sup>. Natif de la province il en connaît les mentalités et les individualités et sait rester à l'écoute des juristes et des populations représentées par les Etats des bas et haut pays<sup>391</sup>. L'attachement aux coutumes locales propres aux villes, villages, hameaux est également significatif de ce conservatisme juridique. L'Auvergne est la province du royaume qui en a collecté le plus grand nombre<sup>392</sup>. Par ailleurs on constate que le texte n'a jamais fait l'objet d'une réformation à la différence d'autres coutumes situées dans le ressort du parlement de Paris<sup>393</sup>, si les commentateurs constatent le fait ils ne lui opposent aucune critique, l'esprit de prudence et de préservation prime sur l'esprit de changement. Jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle les tribunaux utilisent encore l'enquête par turbe pour préciser certains articles du texte officiel<sup>394</sup> contrevenant ainsi à l'arrêt du parlement de Paris portant sur

---

<sup>388</sup> Chabrol utilise souvent un commentaire manuscrit « attribué à M. Decombe, fils de celui qui a assisté à la rédaction de la coutume », *op. cit.*, t. 2, p. 122. Il accorde également un grand crédit aux interprétations de Basmaison « qui possédoit si parfaitement l'esprit de la coutume, & qui vivoit dans le même siècle ou elle a été rédigée » (*op. cit.*, t. 1, p. 378) ainsi qu'au manuscrit d'André d'Apchon, célèbre juriste de haute Auvergne, son contemporain.

<sup>389</sup> L'autorité de Masuer était très grande. Prohet raconte « qu'il a vu des écritures de l'an 1506, dans lesquelles, à l'occasion d'un procès, on demandait que les praticiens fussent entendus sur l'observation d'un point d'usage, tiré du Coutumier de Monsieur Maître Masuer » (*op. cit.*, Préface).

<sup>390</sup> A sa différence, en Berry, le président Lizet impose la règle romaine de l'institution d'héritier dans les testaments, or, elle est contraire à la tradition coutumière (J. Vendrand-Voyer, « Réformation des coutumes et droit romain. Pierre Lizet et la coutume de Berry », *Annales de la Faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand*, 18 (1981), p. 314-316).

<sup>391</sup> Les lettres patentes ordonnant la rédaction de la coutume et le texte de 1510 intitulé « *Coutumes des bas et haut pays d'Auvergne* » consacrent une division politique de la province très tôt manifestée et qui s'applique d'abord aux états provinciaux et à leur réunion. Les députés du haut pays rappellent aux commissaires du roi que leur pays « n'avoit rien de commun avec le bas pays (...) que les pays estoient distincts & séparés », (*Procès verbal de rédaction*).

<sup>392</sup> Lors de la rédaction de la coutume générale les habitants des lieux situés dans son ressort devaient faire connaître leurs coutumes locales sous peine de déchéance. On en recense 69 pour le bas pays et 21 pour le haut pays. « Chaque ville, chaque terre avoit voulu conserver ses usages locaux (G.-M. Chabrol, *op. cit.* ; t. 4, *Avertissement*).

<sup>393</sup> Sens (1555), Touraine et Poitiers (1551), Paris (1580), Orléans (1583).

<sup>394</sup> Par exemple l'enquête par turbe du 15 mai 1584 : « résolution de la question que dans la coutume d'Auvergne les meubles estoquent *in prima gradu*...L'Autheur (Basmaison-Pougné) estoit un Turbier » (note marginale de G. Consul, *op. cit.*, sous l'art. 4, titre XII, *Des successions et testaments*.. Le commentaire de G.-M. Chabrol mentionne également une enquête de 1581 relative à la prescription (*op. cit.* t. 2, p. 620) et une autre de 1666 où les turbiers délibèrent « pendant les grands jours tenus à Clermont, & devant les commissaires » (*ibid.*, t. 2, p. 620). Ces enquêtes sont définitivement interdites par l'Ordonnance sur la procédure civile de 1667.

« l'autorisation desdites Coutumes » qui l'interdit formellement<sup>395</sup>.

Dans ce contexte ancien de conformisme juridique entretenu jusqu'à la fin de l'Ancien Régime les commentaires auvergnats, guides de la pratique et non œuvres de doctrine, maintiennent leur particularisme coutumier et semblent indifférents aux opinions parisiennes dominantes tournées vers l'unification du droit. Cette méthode d'interprétation traditionnelle de la coutume est partagée par les commentateurs des coutumes voisines du Bourbonnais et de la Marche<sup>396</sup>. Si les juristes parisiens exaltent la valeur de leur coutume considérée par la doctrine comme « maîtresse coutume », les auvergnats, en revanche, développent une attitude plus nuancée. Bien ancrés dans les réalités de leur province, respectueux de l'antique dualité de ses sources juridiques, pragmatiques et indépendants, ils reconnaissent les principes communs retrouvés dans les coutumes du royaume mais recherchent surtout dans ces dernières un « esprit du droit coutumier » corroborant l'esprit de leur coutume sans pour autant écarter un droit romain fondateur toujours révééré.

---

<sup>395</sup> « La Cour a ordonné & ordonne que inhibitions & défenses seront faites à tous Juges, Officiers, Avocats, Praticiens, & Coutumiers dudit haut & bas païs d'Auvergne, que dorénavant pour la preuve des Coutumes dudit païs publiées, & enregistrées par lesdits Commissaires à ce ordonnez par le Roy, ils ne fassent aucune preuve par turbe, ou par témoins particulier... » (1510).

<sup>396</sup> J. Vendrand-Voyer, « Les avocats et la science du droit coutumier », *op. cit.*

**LA COUTUME :  
UNE REFERENCE « AMBIGUË » EN DROIT CIVIL POUR LE JUGE JUDICIAIRE.**

**Alain LE POMMELEC,**  
*Maître de conférences de droit privé*

**I - Pourquoi la coutume demeure-t-elle une référence ambiguë pour le juge judiciaire ?**

**A - Un concept protéiforme**


**B - Un domaine d'application très limité**

**II - Les réponses du juge judiciaire aux ambiguïtés de la coutume**

**A - Une application empirique**

**B - Le rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation**

*« Aujourd'hui, chaque fois qu'un juriste, en tout cas français, entrevoit ou croit entrevoir une nouvelle et inclassable source de droit, il commence à rêver du paradis perdu de la coutume ! » Ph. Jestaz<sup>397</sup>*

elon le Doyen Jean Carbonnier<sup>398</sup> « *La doctrine au XIX<sup>e</sup> siècle a eu tendance à nier que la coutume fût une source du droit civil... En réalité, la coutume est une source, et importante, du droit civil* ». Cependant, les concepts de « source du droit », et de « source de droit » comportent plusieurs sens et sont parfois assimilés l'un à l'autre, ce qui donne une impression de confusion<sup>399</sup>. La coutume et la pratique sont quelquefois étudiées par les auteurs dans un même chapitre<sup>400</sup>, ou au contraire dans des sections distinctes<sup>401</sup>, ce qui suscite de nouvelles interrogations. Le concept de « source » peut désigner le fondement idéologique d'un système juridique donné, ou « les forces créatrices du droit » selon la formule de Georges Ripert, mais les « sources du droit » et les « sources de droit » sont quelquefois assimilées aux supports linguistiques, écrits ou oraux, par lesquels les normes sont exprimées. Certains auteurs se montrent très critiques sur la place de la

<sup>397</sup> Ph. Jestaz : « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *in* RTD civ., 1996, p. 299 et s., spéc. p. 309.

<sup>398</sup> J. Carbonnier, Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple, coll. « Quadrige », PUF, 2004, vol. 1, p. 245 et s.

<sup>399</sup> T. Bonneau, « Variations sur la jurisprudence, "source du droit triomphante mais menacée " », *in* « Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de M. Gobert », éd. Economica, 2004, p. 127 à 129.

<sup>400</sup> F. Terré, Introduction générale au droit, coll. Précis, Dalloz, 2006, 7<sup>e</sup> éd., p. 291 et s., spéc. n<sup>os</sup> 370 et 385.

<sup>401</sup> Ph. Malinvaud, Introduction à l'étude du droit, 10<sup>e</sup> éd., Litec, « coutume » p. 129 et s, n<sup>os</sup> 191 et s., « pratique » p. 155 et s., n<sup>os</sup> 228 et s.

coutume en droit civil, juriste et coutume semblent former un « couple impossible »<sup>402</sup>, et on ne peut omettre de rappeler à ce sujet le constat très ironique du Professeur J. –L. Souriou<sup>403</sup> « *il n'est qu'à voir les civilistes contemporains citant des exemples de coutume ! Ils font penser aux ramasseurs de coquillages sur une plage après le passage d'une colonie de vacances : ils exhibent d'autant plus leurs trouvailles qu'elles sont rares* ».

L'ordonnance de Montils-lès-Tours, d'avril 1454 codifiant les différentes branches du droit, illustre la volonté de Charles VII d'uniformiser des coutumes éparses souvent mal connues dans les différentes provinces du Royaume, « n'a pas sonné le glas » des usages locaux. Toutefois, il est permis de s'interroger sur le point de savoir si des coutumes officiellement rédigées sont toujours de « véritables » coutumes. Selon une expression très imagée « *ce sont des cadavres de coutumes, plus ou moins bien embaumés et soigneusement conservés dans les registres des parlements ou dans Bourdot de Richebourg* »<sup>404</sup>. Pour autant, le droit coutumier n'est pas devenu « *la cité qui a les morts pour princes* » pour reprendre la formule ironique de Jean Carbonnier. Certaines analyses doctrinales, affirment même que « *le droit commun coutumier est dominant dans le Code civil [...] Le droit romain est surtout présent dans le Code à travers un droit coutumier romanisé [...] Le Code civil est une grande coutume générale qui a absorbé les coutumes locales* »<sup>405</sup>.

En droit international, ou dans les systèmes juridiques de *common law*, l'importance de la coutume n'est plus à démontrer. En revanche, en droit interne, et plus spécialement en droit civil, la question de savoir quelle est la place de la coutume dans la hiérarchie des normes, tout en n'étant pas nouvelle<sup>406</sup>, demeure toujours posée, d'autant que l'inventaire semble être enrichi de nouvelles sources *du* droit ou *de* droit, justifiant même l'élaboration d'une « *cartographie* » pour en accroître la lisibilité<sup>407</sup>.

Nombreux sont aujourd'hui les auteurs constatant un tarissement de la « source coutumière »<sup>408</sup>. La difficulté essentielle provient de la confusion terminologique entre les différentes acceptions des termes coutume(s) et usage(s). Les rédacteurs du Code avaient réservé le mot « coutume » aux seules « coutumes rédigées » abrogées par le Code civil, et dès lors on comprend que le Code civil ne fasse référence qu'à « l'usage » ou « aux usages ».

Le concept de coutume est amphibologique. Envisage-t-on la coutume « d'origine populaire » ou au contraire la coutume « d'origine savante » fondée sur les maximes juridiques et les principes

---

<sup>402</sup> J. Vanderlinden, « Le juriste et la coutume, un couple impossible ? », in C. Thomasset, J. Vanderlinden et Ph. Jestaz (dir.) *François Gény, mythes et réalités, 1899-1999, centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Ed. Yvon Blais, 2000, p. 55 et s.

<sup>403</sup> J. –L. Souriou, « Sources du droit en droit privé », *Achiv. phil. Droit*, t. 27, 1982, p. 33 et s. ; spéc. p. 35.

<sup>404</sup> J. Vanderlinden : « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une *source délicieuse* », in *RTD. civ.*, 1995, p. 69 et s., spéc. p. 74.

<sup>405</sup> F. Zenati-Castaing, « Le Code civil et la coutume », in *Mélanges Ph. Jestaz*, « *Libres propos sur les sources de droit* », p. 607 et s, spéc. p. 613 à 615

<sup>406</sup> A. Esmein, *La coutume doit-elle être reconnue comme source de droit civil français ?*, Bull. de la Société d'Études Législatives 1905. p. 533 et s.

<sup>407</sup> C. Thibierge, « Sources du droit, source de droit : une cartographie », in *Mélanges Ph. Jestaz*, « *Libres propos sur les sources de droit* », p. 519 et s, spéc. p. 532 à 535.

<sup>408</sup> Ph. Jestaz : « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », in *RTD civ.*, 1996 p. 299 et s., spéc. p. 309.

généraux du droit<sup>409</sup> ? Du point de vue de l'origine même de la coutume, s'agit-il de règles comportementales immémoriales et anonymes transmises oralement, ou s'agit-il de pratiques mémorisées, clairement identifiées, voire officialisées, quelquefois codifiées, bénéficiant parfois de supports documentaires sous forme de parères ? La « *lex mercatoria* »<sup>410</sup> elle-même n'échappe pas à la critique doctrinale. Selon l'opinion du Professeur Philippe Jestaz<sup>411</sup> : « ...la règle coutumière risque encore de se voir réfuter tant que le juge suprême de l'Etat ne l'aura pas consacrée. Dans cette attente la coutume conserve un je ne sais quoi de précaire qui autorise le doute et en bonne logique, pourrait même la faire basculer du côté de l'officieux. Du moins la “*lex mercatoria*” devrait être considérée, au même titre que “la doctrine” ou la “pratique”, comme une source officieuse de la plus haute importance ».

Une pratique ne peut être qualifiée d'usage qu'à la condition qu'elle respecte l'exigence de généralité : une pratique individuelle ne peut pas être assimilée à l'usage. Selon la Cour de cassation<sup>412</sup> : « Les usages [...] ne peuvent résulter de faits individuels même répétés [...] ils doivent présenter un certain caractère de généralité, constituer une pratique non pas seulement individuelle, mais reçue et suivie par la collectivité locale ». Pourtant, des règles prétorienne sont progressivement mises en place au profit de groupes minoritaires autorisés à pérenniser des usages en toute quiétude et « légalité ». Des pratiques sont acceptées « discrètement » et le juge leur confère des effets juridiques dès lors que l'ordre public interne ou international n'est pas atteint de manière trop explicite, par pragmatisme ou souci du consensus social. Il est permis de penser que l'ambiguïté, soulignée par la doctrine<sup>413</sup>, dans laquelle se trouvent la coutume et les usages est « instrumentalisée » pour des motifs d'opportunité.

On peut relever, en osant l'oxymore, le « silence assourdissant » du législateur sur certaines questions politiquement sensibles. L'espace libre est alors investi et remplacé par les décisions de justice soucieuses d'assurer une certaine paix sociale en profitant largement de « l'impressionnisme juridique » dans lequel se trouvent les coutumes et usages, le juge exploitant la flexibilité que ces références autorisent. Selon le professeur Michel Troper<sup>414</sup> : la coutume autorise le passage de situations de fait aux situations de droit. La question devient celle de savoir comment se réalise ce « passage » vers un ordre consenti permettant d'éviter le chaos. Le juge judiciaire révèle-t-il, formule-t-il, voire crée-t-il la règle coutumière ? La problématique est traditionnelle : la coutume est-elle une source « matérielle » ou, au contraire, une source « formelle » du droit ? Comment le processus normatif opère-t-il, quelle est la genèse du processus coutumier, et quel est précisément le rôle du juge dans ce processus ? Autant de questions fondamentales auxquelles la doctrine tente de fournir des réponses, sans qu'aucun consensus véritable ne puisse être dégagé comme en témoigne l'opposition célèbre entre les thèses de François. Gény<sup>415</sup> et d'Edouard Lambert<sup>416</sup>.

<sup>409</sup> J. Carbonnier, Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple, coll. Quadrige, PUF, 2004, vol. 1, p. 245 et s., spéc. n<sup>os</sup> 135 à 137

<sup>410</sup> B. Goldman, « Frontières du droit et “*lex mercatoria*” », Arch. phil. droit, t. 9, 1964, p. 177 et s.

<sup>411</sup> Ph. Jestaz, « Source délicate... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », in RTD civ., 1993, p. 73 et s., spéc. p. 81.

<sup>412</sup> Cass. civ., 6 juin 1931, S. 1931, 1, 238 et s.

<sup>413</sup> P. Deumier, Encyclopédie Dalloz, Rep. civ., v<sup>o</sup> Coutume.

<sup>414</sup> M. Troper, « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », in Rev. Droits, p. 11 et s.

<sup>415</sup> F. Gény, « Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif », Paris, 1954, t. 1, p. 316 et s., spécialement n<sup>os</sup> 109 et s., rééd. 1997, LGDJ.

<sup>416</sup> E. Lambert : « Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé, la fonction du droit civil comparé », Paris, 1903, spéc. p. 799 et s.

Selon Kelsen : « un fait peut être créateur de droit dès lors qu'il est institué par une norme supérieure »<sup>417</sup>. La coutume aurait alors une valeur normative inférieure à celle de la loi, mais serait néanmoins une source autonome de droit objectif. Les coutumes *praeter legem* combleraient les lacunes des normes écrites, mais elles sont de moins en moins nombreuses. Les coutumes *contra legem* souligneraient l'obsolescence et l'inefficacité de certaines lois mais l'abrogation de la loi par désuétude est très largement contestée et on relèvera surtout que la perte de « *ratio legis* » (*cessante ratio legis cessat ejus dispositio*) peut être constatée alors même que la loi n'avait pas été combattue par une coutume contraire<sup>418</sup>.

En réalité, le rôle de la coutume et des usages est essentiellement aujourd'hui de compléter les lois qui y renvoient quelquefois (coutume *secundum legem*). Dans cette hypothèse, on peut relever une forme d'appropriation personnelle du pouvoir normatif sous forme de « contractualisation » des règles de droit supplétives, l'offre normative étant « acceptée » par ceux auxquels elles étaient prioritairement destinées, sous forme de pratiques de référence, susceptibles d'être écartées. Dans cette lecture, les pratiques ne créent pas directement la règle de droit, coutumes et usages deviennent l'accessoire de la loi, et ne sont que des procédés dérivés de création du droit. Il devient nécessaire dans ce cas que le législateur ou le juge renvoie à ces pratiques pour « créer du droit ». Les coutumes *secundum legem* ne jouent qu'un rôle très subsidiaire. Pourtant le juge, pas plus qu'il ne crée la loi, n'a vocation à « créer » la coutume ; il ne peut procéder par arrêt de règlement selon les dispositions de l'article 5 du Code civil<sup>419</sup>, même si, selon certains auteurs « les arrêts de règlement ont continué à exister dans la réalité du droit positif français, même s'ils ne sont pas reconnus comme tels »<sup>420</sup>.

En raison du vieillissement de certains textes, ou de leur absence dans le Code civil, la Cour de cassation rend parfois des arrêts *trans legem*, par extrapolation d'une disposition légale, ou *praeter legem*, en l'absence de tout support textuel, pour des raisons d'opportunité sociale<sup>421</sup> ou économique<sup>422</sup>. La Cour de cassation souligne également le caractère obsolète de certains textes, sans que l'on puisse véritablement envisager l'hypothèse d'une jurisprudence « *contra legem* ». Plusieurs arrêts récents de la Cour de cassation<sup>423</sup> ont programmé le « contournement » de l'article 1386 du Code civil (responsabilité du fait de la ruine d'un bâtiment) au profit des dispositions de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1384 du Code civil, écartant ainsi une disposition légale spéciale « historique » au profit d'une construction jurisprudentielle (responsabilité du fait des choses en général), dont la légitimité est aujourd'hui contestée<sup>424</sup>.

<sup>417</sup> H. Kelsen, « Théorie pure du droit », p. 302 et s.

<sup>418</sup> Cas. Ch. Réunion, 5 mars 1924, D.P. 1924, 1, p. 81 et s., note M. Garaud.

<sup>419</sup> B. Beignier : « Les arrêts de règlement », Droits, 1989, n° 9, p. 45 et s.

<sup>420</sup> O. Tournafond, « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement ». A partir de quelques exemples tirés du droit des obligations et du droit des biens », in Mélanges Jestaz, « *Libres propos sur les sources de droit* », p. 547 et s.

<sup>421</sup> Par exemple, Cass. Ass. Plén., 25 février 2000, Bull. Ass. Plén., n°2, l'arrêt « *Costedoat* » posant la règle de l'immunité personnelle du préposé ne dépassant pas les limites de la mission impartie par le commettant.

<sup>422</sup> Cass. Ch. mixte, 6 septembre 2002, Bull. Ch. Mixte, n°5 4 et 5 créant un quasi contrat destiné à éradiquer les abus de certaines sociétés de vente par correspondance en matière de loteries publicitaires.

<sup>423</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 mars 2000, Bull. civ., II, n° 54, obs. P. Jourdain, in RTD civ., 2000, p. 381 et s. ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 février 2006, pourvoi n° 04-19371, non publié au bulletin, obs. H. Groutel in RCA 2006, comm., p. 110 et s. ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 octobre 2008, Bull. civ., II, n° 211, obs. P. Jourdain in RTD civ. 2009, p. 128 et s. ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 octobre 2009, Bull. civ., II, n° 255, obs. P. Jourdain « *Vers la disparition de l'article 1386* », in RTD civ., 2010, p. 115 et s.

<sup>424</sup> J. -S. Borghetti : « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », in RTD civ., 2010, p. 1 et s.

En matière de droit coutumier, la position du juge judiciaire semble inconfortable : la coutume *lato sensu* n'est pas, à la différence des normes écrites, formulée de manière préexistante et précise. Les « usages » quant à eux ne sont le plus souvent appliqués que de manière supplétive, en l'absence de toute volonté contraire clairement exprimée. La coutume et les usages ne deviennent normatifs que dans la mesure où ils sont « reconnus » par le juge, et non pas du seul fait qu'ils correspondent à des pratiques répétées. La jurisprudence, et par la diffusion dont elle bénéficie, et par l'influence qu'elle exerce, donne à la coutume et aux usages, dont la nature est contestée et le domaine d'application manque de clarté, une lisibilité et une autorité qui leur feraient naturellement défaut.

Il nous appartient de tenter, d'abord, d'expliquer pourquoi la coutume demeure une référence ambiguë pour le juge judiciaire (I) et de préciser, ensuite, comment le juge judiciaire répond aux ambiguïtés de la coutume (II).

#### **I - Pourquoi la coutume demeure-t-elle une référence ambiguë pour le juge judiciaire ?**

La coutume est un concept protéiforme (A), son domaine d'application est limité en droit civil (B).

##### **A - Un concept protéiforme**

Plusieurs ambiguïtés peuvent être relevées en matière de coutume, la première porte sur la définition du concept de « coutume ».

Selon l'opinion commune, une pratique répétée deviendrait « coutume véritable » à la condition qu'une proportion significative de sujets concernés s'y conforme. Il ne suffit pas qu'il y ait manifestation d'un usage encore faut-il qu'il y ait une conscience à la fois individuelle et collective de devoir le respecter. À la marge de la coutume *stricto sensu*, existent des usages et des pratiques « en devenir » constituant un ensemble aux contours assez flous. L'usage est fréquemment considéré comme une coutume en phase préparatoire de formation, il est tantôt fondé sur les faits, tantôt fondé sur les conventions<sup>425</sup>. Le concept d'usage est polysémique. Le terme comportant plusieurs acceptions, et recouvrant des réalités différentes a justifié la mise en place de catégories selon une typologie qui, hélas, varie d'un auteur à l'autre. On distingue ainsi les usages « locaux », « généraux », « professionnels », « conventionnels », « d'entreprise », etc.

La coutume *stricto sensu* est caractérisée par deux éléments constitutifs, l'élément matériel (*repetitio*), et l'élément psychologique, (*opinio necessitatis*). En résumé, la coutume est une « manière d'agir ancienne, constante, notoire et générale à laquelle on se conforme parce que l'on aurait conscience d'y être tenu »<sup>426</sup>.

Du point de vue de l'élément matériel de la coutume, une constance de la pratique s'inscrivant dans la durée, gage de pérennité de la *repetitio* est communément exigée. L'écoulement d'un certain temps serait donc indispensable pour permettre la prise de connaissance de l'usage à vocation collective sur un territoire particulier par les catégories concernées. On relèvera pourtant que les pratiques évoluent, et naissent parfois rapidement, sans vraiment s'inscrire dans la durée, au point

<sup>425</sup> P. Deumier, Rép. civ., v° Coutume.

<sup>426</sup> J. Ghestin, G. Goubeaux, et M. Fabre-Magnan, traité de droit civil, Introduction générale, 4<sup>e</sup> éd, LGDJ, 1994.

que quelquefois on puisse « découvrir » un développement presque « spontané » des usages permettant de remettre en cause la définition traditionnelle du concept. Ainsi, le rôle du « facteur temps » dans la création des usages a été contesté par certains auteurs, par exemple à l’occasion de la conclusion des « accords de Grenelle » en juin 1968<sup>427</sup>.

Selon le Professeur Jacques Vanderlinden : la coutume est « gestuelle »<sup>428</sup>, « *la coutume est donc action et non parole du chef, du sachant ou du juge* ». Observant les coutumes des membres de la société africaine des Zande, l’auteur relève que lorsqu’il leur demandait « *pourquoi les Zande adoptaient certaines solutions, la réponse était le plus souvent “Parce qu’on a toujours fait comme cela chez nous”* » Il souligne ensuite que la coutume « *est action du groupe parfaitement représenté dans le pronom on...(et) à ce titre “populaire”* ».

Du point de vue de l’élément psychologique de la coutume, on admet classiquement que des groupes de personnes « initiées », mues par quelques intérêts spécifiques, parviennent à assujettir les autres, dans la soumission résignée et la croyance dans le caractère obligatoire du comportement suggéré. On peut alors relever la pesanteur et la résignation ou dénoncer la « suggestion », voire « l’autosuggestion » qui peuvent faire obstacle à tout progrès du droit<sup>429</sup>. La coutume envahirait ainsi progressivement l’espace à partir d’un foyer générateur, s’imposant à chacun à partir des autres.

L’exemple du bizutage est assez significatif du poids de la suggestion des usages. Les articles 225-16-1 à 225-16-3 du Code pénal, déterminent les critères d’un délit correctionnel au titre de violences commises au titre du « bizutage » et fixent les peines applicables. Le but de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 est clairement de remettre en cause certaines « traditions » imposées aux élèves et étudiants, la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, quant à elle, définit les peines applicables aux personnes morales pénalement responsables de faits infractionnels accomplis dans les établissements d’enseignement qu’elles administrent et dirigent. Pour autant les pratiques erratiques, violentes, dégradantes et en résumé « portant atteinte à la dignité de la personne humaine » perdurent, comme des faits d’actualité lors de la rentrée universitaire de septembre 2010 signalés par la presse en attestent. La seule rupture véritable par rapport au passé est sémantique : le bizutage « banni », a été discrètement remplacé par les « journées d’intégration », les usages aussi contestables soient-ils ont la vie dure, et l’efficacité des normes juridiques est assez nettement mise en défaut.

Le Doyen Jean Carbonnier<sup>430</sup> soutenait une autre analyse : « *l’opinio necessitatis est au fond le sentiment éprouvé par un individu que, s’il était législateur en présence de la même situation, il aurait le devoir de légiférer dans le même sens* ». Pour autant, la coutume ne peut pas être constituée par un usage ne concernant qu’une personne ; elle devient l’expression de la volonté d’un groupe auquel on appartient ou auquel on s’agrège.

Les usages « conventionnels » quant à eux, ne comporteraient qu’un seul élément constitutif, « l’élément matériel » et seraient dépourvus de toute *opinio juris* selon de nombreuses analyses<sup>431</sup> et

<sup>427</sup> G. Lyon-Caen, note sur Cour d’appel de Paris, 13 avril 1970, J.C.P. 1970, II, 16471

<sup>428</sup> J. Vanderlinden : « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d’une *source délicate* », in RTD. Civ., 1995, p. 69 et s.

<sup>429</sup> R. Granger : « La tradition en tant que limite aux réformes du droit », RID comp., 1979, p. 14 et s.

<sup>430</sup> J. Carbonnier : « La genèse de l’obligatoire dans l’apparition de la coutume » in Flexible droit, 1976 p. 89 et s. , et rééd. 10<sup>e</sup> éd., 2001, LGDJ.

<sup>431</sup> F. Gény : « Méthode d’interprétation et sources du droit privé positif », I., n°s 130 et s.

constitueraient donc des pratiques autonomes par rapport à la coutume. L'usage conventionnel ne deviendrait « coutume » que par la jurisprudence<sup>432</sup>.

Le terme « coutume » est ambivalent : il décrit des hypothèses différentes et a perdu toute homogénéité. La jurisprudence française ne l'utilise presque plus jamais en droit privé interne<sup>433</sup>. Le concept de coutume est lui-même protéiforme : le Code civil, le Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation, les « *thesaurus* » des bases de données juridiques informatisées ne font qu'exceptionnellement référence au terme « coutume » *stricto sensu* : du point de vue des contentieux strictement limités au droit interne, les occurrences privilégient le *verbo* « usage(s) »<sup>434</sup>, alors que pour les contentieux marqués par un élément d'extranéité, par référence l'ordre public international français, le concept de « certificat de coutume » est assez fréquemment utilisé<sup>435</sup>. La coutume est donc aujourd'hui le plus souvent entendue *lato sensu* et une certaine approximation existe alors même que la confusion entre « coutume » et « usages » est périodiquement étudiée et souvent critiquée<sup>436</sup>. L'imprécision sémantique dans laquelle se trouvent « coutumes et usages » est en contradiction avec l'attente de rigueur et de fiabilité des juristes et justiciables.

L'hétérogénéité des usages<sup>437</sup> rend délicate toute analyse globale, et impossible l'application d'un statut juridique uniforme. Des typologies complexes ont été mises en place par la doctrine<sup>438</sup>, on distingue certes les « *usages de droit* » fréquemment rattachés à la coutume et les « *usages conventionnels* » qui ne se confondent pas avec la coutume, mais aucune unanimité n'existe quant au contenu des catégories ni du point de vue du régime juridique devant être retenu. Le passage d'un simple usage à la coutume suppose que ceux qui se conforment à l'usage aient la conviction des respecter une véritable « norme juridique ». Ainsi, des usages très répandus, des pratiques aussi fréquentes qu'elles soient, ne constituent pas nécessairement des règles de droit. A titre d'exemple, les étrennes versées à l'occasion de la nouvelle année aux gardiens des immeubles, égoutiers, postiers, etc., ou les pourboires dont bénéficient les serveurs, relèvent d'une démarche volontaire inspirée par le « savoir-vivre » ou la courtoisie, et ne présentent aucun caractère normatif. La création d'un droit coutumier ne peut reposer que sur un consensus collectif d'adhésion à un modèle comportemental créant des droits de subjectifs, avec la conviction qu'il repose sur une règle de droit objectif contraignante. Le phénomène « d'adhésion » à la règle met en lumière un rapprochement possible avec la technique contractuelle et il est alors permis de s'interroger sur le rôle du juge dans l'élaboration du droit coutumier.

La seconde ambiguïté porte sur le rôle normatif de la coutume

La coutume *stricto sensu* est, le plus souvent, considérée comme une source « formelle » du droit, alors que l'usage reste à « *la périphérie des sources du droit* »<sup>439</sup>.

<sup>432</sup> M. Pédamon, Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », RTD com., 1959, p. 335 et s.

<sup>433</sup> A. Kassis, « Théorie générale des usages du commerce, droit comparé, contrats et arbitrage internationaux », LGDJ, 1984, n°s 168 et s.

<sup>434</sup> M. Salah M. Mahmoud, Rép. com., v° Usages commerciaux

<sup>435</sup> Par exemple, récemment : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juillet 2010, n° de pourvoi 08-21740 en matière d'exercice d'autorité parentale.

<sup>436</sup> M. Pédamon : « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », in RTD. com., 1959, p. 335 et s.

<sup>437</sup> Ph. Langlois, « Les usages » in Mélanges G. Lyon-Caen, 1985, p. 285 et s.

<sup>438</sup> F. Leymarie, « Les usages commerciaux », thèse, Bordeaux, 1970.

<sup>439</sup> P. Deumier, Rép. civ., v° Coutume.

Pour le Professeur Jacques Vanderlinden : « *la coutume cesse d'exister dès qu'elle est formulée oralement ou par écrit. Dans ces cas – à l'exception peut-être des dictons et proverbes dans les Institutes coutumières de Loisel nous offrent un reflet – elle devient doctrine, jurisprudence ou loi selon que c'est celui qui sait, le juge ou le chef qui l'expriment.* »<sup>440</sup>.

Le droit écrit occupe incontestablement le terrain normatif en droit civil<sup>441</sup>. La place accordée à la coutume ne cesse de se restreindre comme l'illustre la question de la transmission du nom aujourd'hui soumise aux dispositions des articles 311-21 à 311-24 du Code civil après une série de textes<sup>442</sup> révélant à tout le moins les hésitations du législateur substituant au nom patronymique « coutumier », un nom de famille « enfanté » dans une certaine douleur. Le « *légicentrisme* » très prégnant en droit civil dans la période contemporaine, a eu pour effet de marginaliser la coutume, au point que l'on puisse douter que la coutume soit encore une « véritable » source du droit privé<sup>443</sup> ou public<sup>444</sup>. De fait, le législateur investit tous les domaines, et l'inflation de lois de « circonstance » soucieuses de répondre dans l'urgence aux questions d'actualité sous les feux croisés des *mass media* est périodiquement dénoncée<sup>445</sup>, au point que l'on puisse s'interroger sur le point de savoir s'il n'y a pas danger à isoler le particulier dans le général.

La réactivité du législateur<sup>446</sup> s'exacerbe parfois pour interdire le développement anarchique de certaines pratiques présentées comme contraires à l'ordre public avant même que l'usage ne se répande vraiment et puisse devenir réellement « coutumier ». L'exemple récent de la « résolution », puis de la proposition de loi relative au *niqab* ou voile intégral est topique. Des coutumes ou des usages, parfois présentés comme « sauvages »<sup>447</sup>, se développent très rapidement, sans exagérer le phénomène récent des « apéritifs géants » initiés par les réseaux sociaux, et chacun constate l'inquiétude des autorités publiques qui souhaitent en briser rapidement le développement afin d'empêcher la « *repetitio* », justifiant quelquefois des interdictions préfectorales pour éviter tout sentiment d'impunité et rendre illusoire toute prise en compte du « fait accompli », et toute reconnaissance « de droit spontané »<sup>448</sup>.

#### **B - Un domaine d'application très limité**

Le juge judiciaire, chargé d'appliquer et d'interpréter les normes pour « dire le droit », dispose d'un véritable arsenal législatif ou réglementaire au point qu'il n'aura que rarement recours à la coutume

<sup>440</sup> J. Vanderlinden : « Contribution en forme de mascarade à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicate », in RTD. Civ., 1995, p. 69 et s.

<sup>441</sup> De Koschenbahr-Lyskowski : « Le code civil et la coutume », in Etudes de droit civil à la mémoire de Capitant, p. 403 et s.

<sup>442</sup> Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002, loi n° 2003-516 du 18 juin 2003, ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009.

<sup>443</sup> D. Acquarone, « La coutume, réflexion sur les aspects classiques et les manifestations contemporaines d'une source de droit privé », thèse, Nice, 1987. G. Teboul, « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », in RD. pub. 1998, p. 691 et s.

<sup>444</sup> G. Teboul, « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », in RD. pub. 1998, p. 691 et s.

<sup>445</sup> R. Savatier : « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », D. 1977, chr., p. 43 et s.

<sup>446</sup> Une proposition de loi n° 2605 de M. Philippe Goujon « encadrant l'organisation de rassemblements sur la voie publique au moyen d'un réseau de communications électroniques », a été enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 juin 2010.

<sup>447</sup> R. -J. Dupuy, « Coutume sage et coutume sauvage », in Mélanges C. Rousseau, 1974, Éd. A. Pedone, p. 75 et s.

<sup>448</sup> P. Deumier, « Le droit spontané », Ed. Economica, 2002

et aux usages. Néanmoins la jurisprudence semble accorder un rôle normatif à certains usages : elle tolère certaines pratiques en raison du poids des traditions locales ininterrompues, alors même qu'elles sont contestées par certains groupes de pression<sup>449</sup>, (corridas<sup>450</sup>, combats de coqs), ou par souci de respecter les convictions religieuses (circoncision masculine rituelle<sup>451</sup>). En dehors des exemples précédemment cités, on peut craindre que le respect de certaines « traditions » et le rapport de force qui en découle constituent des obstacles majeurs à l'évolution du droit.

Les comportements à propos desquels l'autorité judiciaire est sollicitée ne sont donc pas abandonnés au « non-droit », mais il est permis de s'interroger sur le point de savoir si ces « usages » sont appliqués de manière directe par le juge, en tant que sources autonomes de droit, ou simplement appliqués de manière indirecte, par délégation de la loi, la loi étant alors la source de droit réellement appliquée. Les solutions jurisprudentielles ont pour objet de résoudre des conflits spécifiques opposant des personnes sur des cas particuliers, et ne constituent pas, dans leur diversité, des normes juridiques générales, impersonnelles et abstraites. Des éléments normatifs se dégagent néanmoins de la jurisprudence : celle-ci reconnaît l'existence de certaines pratiques tout en fixant des cadres, elle consacre certains usages tout en limitant le domaine d'application.

En droit civil, pour l'essentiel, la coutume occupe un espace intermédiaire, laissé vacant par les normes écrites internes, européennes ou internationales. La loi du 30 ventôse an XII, relative à la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil des Français, dispose dans son article 7 « *qu'à compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code* ».

D'emblée la coutume semble donc sinon condamnée, du moins « marginalisée ». Les « *us et coutumes* » ont-ils une véritable valeur normative dans la mesure où ils ne sont respectés que par quelques catégories de personnes et que leur caractère obligatoire est souvent pris en défaut ? Il s'agit peut-être davantage pour le justiciable de convictions personnelles, de manifestations volontaires d'appartenance à une communauté, à une profession, etc. L'application des coutumes et usages devient parfois le mode d'expression d'une culture, une manifestation ostensible d'une population par laquelle elle tente de marquer ses repères, et d'obtenir une certaine reconnaissance en tant que « groupe constitué ». La coutume devient alors « catégorielle », et bénéficie d'une certaine « tolérance » de la part du législateur comme du juge parce qu'il s'agit de défendre le droit des minorités.

Le domaine d'application de la coutume *lato sensu* est *a priori* restreint, mais le propos doit toutefois

---

<sup>449</sup> Une proposition de loi a été présentée le 9 juin 2010 par plusieurs députés pour modifier les dispositions de l'article L 521-1 du Code pénal en vue d'interdire les combats de coqs et la corrida en France, pratiques jugées "barbares" en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle.

<sup>450</sup> P. Tifine, « "La tradition locale ininterrompue" dans les textes et la jurisprudence consacrée aux corridas », in RFDA, 2002, p. 496 et s., in RD. Pub., 1998, p. 691 et s.

<sup>451</sup> T.G.I. Paris, 6 novembre 1973, Gaz. Pal., 1974, 1, p. 299 et s., note P. Barbier ; elle n'est pas considérée comme une violence au sens des articles 222-9 et 223-13 1<sup>o</sup> du Code pénal, ni *a fortiori* comme une mutilation au sens de l'article L 222-9 du Code pénal, quand bien même elle aurait été effectuée sur un mineur de moins de 15 ans. En revanche l'intérêt supérieur de l'enfant est pris en compte par application de l'article 371-1-1 al. 3 du Code civil, et l'accord des deux parents comme celui de l'enfant sont requis : Cour d'appel de Lyon, 25 juillet 2007, observations J. Hauser, in RTD. civ., 2008, p. 99 et s.

être mesuré. Selon Henri Batiffol<sup>452</sup> « même dans les pays de codification, il existe un monde de solutions qui naissent spontanément en dehors de l'action législative ». Cette affirmation remet en cause l'idéologie du « légicentrisme » qui sévit souvent en droit privé. La loi n'aurait pas le monopole normatif, selon les thèses développées par l'Ecole sociologique, tout au contraire, et de manière un peu subversive : « indépendamment de la forme empruntée la seule source de droit véritable serait la volonté du groupe »<sup>453</sup>.

L'application de la coutume et des usages par le juge judiciaire laisse apparaître un certain empirisme, source d'ambiguïtés. La coutume *stricto sensu* subit un véritable délitement, alors que les règles non formelles de conduite, pratiques et usages *lato sensu*, parfois mal définis, révèlent l'indéniable vitalité de ce que les Anglo-saxons appellent la « *soft law* »<sup>454</sup>. Le droit privé serait alors soumis au phénomène de la « *normativité relative* », selon le concept développé par Prosper Weil<sup>455</sup>.

Le « droit écrit » comporte naturellement des limites, et Portalis lui-même affirmait qu' : « A défaut d'un texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite ininterrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime, reçues tiennent lieu de loi »<sup>456</sup>. « Quand la loi est claire il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité »<sup>457</sup>.

Aujourd'hui il faut admettre que les hypothèses d'application de la coutume *praeter legem* sont peu nombreuses en droit privé, on peut en relever quelques exemples en matière de relations de voisinage, ou d'actes de notoriété.

En ce qui concerne la coutume *secundum legem*, il est assez rare en droit civil que la loi renvoie aux usages et leur fixe un caractère impératif. Le Code civil procède quelquefois par délégation expresse aux usages locaux. Quelques exemples topiques peuvent être extraits des articles 590 alinéa 2 et 593 en matière d'usufruit, des articles 645 (eaux pluviales), 663 (hauteur des plantations), 671 (distance des plantations), 1736 (congé dans le bail verbal), Le Code civil renvoie aussi à « l'usage » comme en témoignent les dispositions de l'article 389-3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil (actes civils que les mineurs peuvent eux-mêmes accomplir). Le plus souvent le Code civil renvoie implicitement aux pratiques sociologiquement admises par référence aux « *bonnes mœurs* »<sup>458</sup>, au comportement du « *bon père de famille* »<sup>459</sup> et laisse alors une très grande marge d'appréciation aux juges. Il s'agit, dans cette dernière hypothèse, de l'appréciation par le juge d'une situation, empruntant à la morale et souvent teintée de subjectivité, fruit d'une comparaison avec un comportement « standard » de référence et en aucun cas d'un constat objectif de la conformité du comportement à une « pratique antérieure immémoriale ou constante ».

En matière contractuelle, l'article 1135 du Code civil dispose que : « 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

<sup>452</sup> H. Batiffol, « Problèmes de base de philosophie du droit », LGDJ, 1979, p. 74 et s.

<sup>453</sup> H. Levy-Bruhl, « Esquisse d'une théorie des sources du droit, Année sociologique, 1953, p. 3 et s.

<sup>454</sup> B. Oppetit, « Sur la coutume en droit privé », in Revue « Droits », 3, la coutume, PUF. 1986, p. 40 et s.

<sup>455</sup> P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international, in Rev. Gén de Droit public, 1982 p. 5 et s.

<sup>456</sup> Portalis, « Discours préliminaire présentant le projet de Code civil », in Fenet, t. 1, p. 469 et s.

<sup>457</sup> *Ibid.*, p 474.

<sup>458</sup> Spécialement les articles 6, 900, 1133, et 1172 du Code civil.

<sup>459</sup> Par exemple, les dispositions de l'article 601 du Code civil en matière d'usufruit, de l'article 627 du Code civile en matière de droit d'usage et d'habitation, de l'article 1137 du Code civil relatives à l'obligation de donner, de l'article 1374 du Code civil en matière de gestion d'affaires.

donnent à l'obligation d'après sa nature » et permet à la jurisprudence de forcer le contenu du contrat et de « découvrir » l'existence d'obligations auxquelles les parties n'avaient pas directement fait référence<sup>460</sup>. L'équité n'est pas pour autant une source de droit et elle n'autorise pas le juge à porter atteinte à l'intangibilité des conventions. Pour enrichir le contenu des obligations contractuelles, par souci d'opportunité, la jurisprudence applique le plus souvent les dispositions de l'article 1135 du Code civil au terme d'une interprétation téléologique afin de respecter au mieux la « ratio legis »<sup>461</sup>, et non pas par simple référence à l'usage<sup>462</sup>.

Dans le domaine de l'interprétation judiciaire des contrats, l'article 1159 du Code civil fait également référence à l'usage du pays de conclusion du contrat, et l'article 1160 du même Code, consacre le concept de clause de style en rappelant qu' « on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ». L'usage n'est alors qu'une simple référence, mais faute de précision suffisante il ne saurait constituer une règle juridique autonome véritable : l'usage joue un rôle supplétif, complétant la volonté des parties.

L'application des coutumes et des usages est donc plutôt rare en droit privé, et plus spécialement encore en droit civil. Le juge judiciaire a recherché, et peut être trouvé, des réponses adaptées aux ambiguïtés des références que constituent coutumes et usages. Malgré les ambiguïtés affectant le « droit coutumier », la matière n'est pas pour autant abandonnée à l'« arbitraire » du juge, mais soumise à « l'arbitrage » du juge.

## II - Les réponses du juge judiciaire aux ambiguïtés de la coutume

L'application des coutumes et usages par le juge judiciaire demeure empirique (A), et, dès lors, il convient de s'interroger sur le rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation dans l'application du « droit coutumier » (B).

### A - Une application empirique

La jurisprudence répond de manière pragmatique aux ambiguïtés de la coutume et des usages : le « modèle coutumier » aide le juge à apprécier et qualifier le comportement qu'il doit juger<sup>463</sup>.

En raison de la diversité des coutumes et des usages plusieurs situations doivent naturellement être distinguées.

Portalès affirmait que : « Les lois conservent leur effet, tant qu'elles ne sont point abrogées par d'autres lois, ou qu'elles ne sont pas tombées en désuétude. Si nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abrogation par la désuétude ou le non-usage c'est qu'il eût été, peut-être, dangereux de le faire. Mais peut-on se dissimuler l'influence et l'utilité de ce concert indélébile, de

<sup>460</sup> Par exemple, l'obligation de sécurité dans le contrat de transport, Cass. civ., 21 novembre 1911, S. 1912, 1, 73, note Lyon-Caen. Le trop fort développement des obligations de sécurité est aujourd'hui contesté cf. : J.- S. Borghetti, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », in RTD civ., 2010, p. 1 et s., spécialement n°s 54 à 62.

<sup>461</sup> Par exemple, en matière de sanctions des abus tarifaire par application combinée des articles 1134 alinéa 3 et 1135 : Cass. Ass. Plén., 1<sup>er</sup> décembre 1995, observations J. Mestre, in RTD civ, 1996 p. 153 et s.

<sup>462</sup> P. Deumier, « De l'usage prudent des “usages honnêtes” Réflexions sur un – éventuel – malentendu » in Mélanges Jestaz, « Libres propos sur les sources du droit », Dalloz, 2006, p. 119 et s.

<sup>463</sup> Cass. com., 30 novembre 1993, Bull. civ., n° 439 à propos de la qualification de « mode normal de paiement ».

*cette puissance invisible, par laquelle, sans secousse et sans commotion les peuples se font justice des mauvaises lois, et qui semblent protéger la société contre les surprises faites au législateur et le législateur contre lui-même »<sup>464</sup>.*

La jurisprudence ne semble pas avoir réellement saisi l'opportunité qu'il y aurait à consacrer l'application de coutumes *contra legem* : en principe la loi ne s'abroge toujours pas, par désuétude<sup>465</sup>. L'exemple de l'anatocisme consacré par la pratique bancaire, (capitalisation des intérêts contraire à la lettre de l'article 1154 du Code civil) et celui de la solidarité passive, (présumée en matière commerciale, en contradiction avec les dispositions de l'article 1202 du Code civil) sont parfois retenus par la doctrine pour illustrer la reconnaissance de coutumes *contra legem* par la jurisprudence. Il est néanmoins permis de s'interroger sur la pertinence de cette analyse, et de tenter d'expliquer de manière différente le paradoxe apparent. La reconnaissance de solutions dérogoratoires, s'explique peut-être par la technique de l'interprétation *a contrario* par le juge des dispositions du Code civil, en dehors de leur domaine d'application. Dès lors que les situations concernées ne relèvent pas du droit civil *stricto sensu*, mais appartiennent à d'autres branches autonomes du droit, comme le droit bancaire ou *a fortiori* le droit commercial, il est fait application de la maxime *specialia generalibus derogant*.

En revanche, la pratique du « don manuel » (pratique qui contredit les dispositions de l'article 931 du Code civil imposant « le passage par devant notaire pour tous les actes portant donation entre vifs, dans la forme ordinaire des contrats ») justifie une autre tentative d'explication. Le droit fiscal admet l'existence des « cadeaux d'usage » dans des limites raisonnables. La jurisprudence « tolère » le don manuel alors même qu'une condition de forme n'a pas été respectée, mais elle soumet néanmoins sa validité à de multiples conditions. Selon la Cour de cassation, le don manuel n'a d'existence que par la tradition réelle imposant la dépossession du donateur<sup>466</sup>, celle-ci doit avoir été effectuée avant la mort du donateur<sup>467</sup>, cette « donation » doit être irrévocable<sup>468</sup>, etc.

La bienveillance relative de la jurisprudence ne doit pas être interprétée comme un aveu d'impuissance du droit. Il n'y a pas « d'abdication » du juge, mais une prise en compte pragmatique de pratiques, trop fréquentes et massives pour ne pas correspondre aux attentes du plus grand nombre, et surtout difficiles à contrôler efficacement. Le juge ne sanctionne alors que l'abus ou la déviance dès lors que la preuve en aura été établie. Le raisonnement jurisprudentiel se fonde sur le réalisme et l'opportunité sociale. Il n'y a pas à proprement parler de « coutume » en matière de don manuel, faute d'*opinio necessitatis*. En réalité l'usage du don manuel, aussi répandu soit-il, tire sa légitimité et son efficacité juridique de l'interprétation « rationnelle » de la loi par la jurisprudence et non pas de la seule répétition d'un comportement.

La problématique de la preuve de l'existence d'une coutume ou d'un « usage » est naturellement posée et il est nécessaire que l'usage ne soit pas tombé en désuétude pour qu'il puisse être appliqué par le juge<sup>469</sup>. Du point de vue des éléments constitutifs de la coutume *lato sensu*, on constate

<sup>464</sup> Fenet, t. 1., p. 479.

<sup>465</sup> Cass. Ch. Réun., 31 janvier 1901, D.P. 1901, 1., p. 169 et s.

<sup>466</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juillet 1960, D. 1960, p. 702, note Voirin ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avril 2002, Bull. civ., I., n° 105.

<sup>467</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 janvier 1983, Bull. civ., I., n° 36 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 octobre 1993, Bull. civ., I., n° 299 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 1996, Bull. civ., I., n° 119.

<sup>468</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 janvier 2000, observations B. Beignier, in Dr. fam., 2000, n° 28.

<sup>469</sup> Cass. com., 15 juin 1981, Bull. civ., IV., n° 272

l'importance de la preuve de l'élément matériel tout particulièrement pour les usages professionnels<sup>470</sup> et les usages d'entreprise, alors que la preuve du « sentiment d'obligation » s'estompe fréquemment. La Cour de cassation admet la possibilité de demander une expertise pour établir le contenu des usages<sup>471</sup>. L'existence d'une véritable règle de droit n'a pas à être prouvée par celui qui s'en prévaut<sup>472</sup>, la maxime « *jura novit curia* » doit s'appliquer à la coutume *stricto sensu*, alors que la réponse est moins nette en ce qui concerne les usages dans la mesure où, selon certains auteurs il convient de distinguer entre les « usages de droit » et les « usages conventionnels », l'existence des premiers n'aurait pas à être prouvée en justice à la différence des seconds<sup>473</sup>. Une partie de la doctrine<sup>474</sup>, écarte toute distinction entre coutumes et usages, et considère qu'en cas de contestation relative à leur existence, la preuve doit en être rapportée par celui qui s'en prévaut. La Cour de cassation a, pour sa part, retenu l'impossibilité d'appliquer d'office un usage de « notoriété publique »<sup>475</sup>.

Ainsi, l'existence des « usages de droit », assimilés à la coutume, devrait simplement être constatée par le juge sans que la partie qui en revendique l'application n'ait à la prouver, alors que la solution devrait être inversée en matière d'usages conventionnels, dans la mesure où les juges, malgré leur spécialisation dans les différentes branches du droit, n'auraient pas une connaissance « universelle » des usages en vigueur dans un domaine particulier. La charge de la preuve de l'existence de l'usage conventionnel incombe donc *a priori* à celui qui se prévaut de son application, tout mode de preuve pouvant être utilisé.

Du point de vue des « usages conventionnels », le juge après avoir vérifié qu'ils sont conformes à l'intention des parties, en fera application, dans la mesure seulement où ils ne contredisent pas une disposition impérative. On peut déduire de nouveau une forme de réalisme de la jurisprudence, qui prend en compte prioritairement la volonté personnelle et concrète des intéressés plutôt que le cadre légal supplétif général et abstrait. Dès lors, les usages conventionnels sont *a priori* dépourvus de caractère impératif et ne s'appliquent qu'en l'absence de volonté contraire des parties. Le juge applique alors la loi en l'interprétant dans un contexte contractuel particulier, et l'usage conventionnel ne tient alors qu'un rôle subsidiaire soumis à la double condition que le législateur lui ait accordé une place et que les contractants n'aient pas rejeté explicitement ou implicitement la « référence » que constitue l'usage conventionnel.

Le rôle de la pratique<sup>476</sup> dans la formation du droit ne peut pas être négligé dans la période contemporaine, elle est jugée indispensable<sup>477</sup>. Le développement des contrats-types<sup>478</sup>, (plus nombreux en droit commercial qu'en droit civil), et la multiplication des clauses de style<sup>479</sup>

<sup>470</sup> F. Pollaud-Dulian « L'habitude en droit des affaires », in Mélanges Sayag, 1997, p. 349 et s.

<sup>471</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 octobre 1969, D. 1970, jur., p. 13 et s.

<sup>472</sup> J. Ghestin et G. Goubeaux, Traité de droit civil, introduction générale, p. 453, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ.

<sup>473</sup> F. Leymarie, « Les usages en droit commercial », Thèse, Bordeaux, 1970.

<sup>474</sup> B. Starck, Introduction, n° 381 ; Marty et Raynaud, Introduction, n° 115.

<sup>475</sup> Cass. com., 17 mai 1988, Bull. civ., IV., n° 167

<sup>476</sup> « Le rôle de la pratique dans la formation du droit », Travaux de l'association H. Capitant, t. XXXIV, 1983, rapport général : P. Tercier, p. 21 et s., droit civil, rapport français : J. -L. Souriou, p. 85 et s.

<sup>477</sup> « Le rôle de la pratique dans la formation du droit », Travaux de l'association H. Capitant, t. XXXIV, 1983, spéc., rapport de synthèse : J. Ghestin, p. 3 et s. spéc. p. 17.

<sup>478</sup> J. Léauté, « Les contrats-types », in RTD. civ., 1953, p. 430 et s.

<sup>479</sup> D. Denis : « La clause de style », in Mélanges J. Flour, 1979, éd. Rép. Defrénois, p. 117 et s.

auxquelles la pratique notariale<sup>480</sup> fait appel, révéleraient selon certains auteurs<sup>481</sup> l'existence d'une « *coutume savante* »<sup>482</sup>. Il s'agit tantôt de montages juridiques complexes<sup>483</sup>, tantôt de techniques professionnelles, dont la légitimité pourrait être contestée, destinées à encadrer la volonté des contractants par une forte dose de formalisme, permettant aux usages conventionnels de créer en premier lieu des devoirs et des prérogatives (socialement ou économiquement utiles) au-delà de ce que les parties ont elles-mêmes exprimé, et en second lieu d'être diffusés de manière objective et appliqués de manière plus sûre. La pratique notariale joue un rôle majeur dans la création du droit en raison de l'utilisation généralisée de formulaires au plan national<sup>484</sup>. Les usages conventionnels, parfois formalisés, se rapprochent alors de véritables normes objectives par l'uniformisation et « l'officialisation » dont ils bénéficient, ils restent néanmoins subordonnés à la loi et soumis au contrôle du juge qui n'en fera application qu'en l'absence de volonté contraire exprimée par les parties : la « *coutume savante* » n'a pas la même force que la loi.

Un dernier exemple peut être donné en droit du travail à propos des « usages d'entreprise ». La Cour de cassation a précisé à de multiples reprises, que les avantages qui en résultent pour les salariés ne sont pas incorporés aux contrats de travail<sup>485</sup> et que la remise d'un document résumant ces usages n'a pas pour effet de contractualiser les avantages qui y sont décrits<sup>486</sup>.

Le plus grand empirisme existe donc en matière d'application des coutumes et usages par le juge judiciaire créant un risque d'incohérence contre lequel le rôle de la Cour de cassation est décisif.

#### **B - Le rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation**

L'interprétation de la loi par le juge fait-elle corps avec la loi interprétée elle-même et justifie-t-elle que la Cour de cassation assure un contrôle strict sur l'application de la coutume et des usages ?

La Cour de cassation a vocation à exercer un contrôle sur l'application ou le refus d'application d'un usage de droit par les juges du fond, dans la mesure où il y a « violation de la loi »; par exemple dans l'hypothèse d'une décision de justice ne se reportant pas aux usages auxquels la loi renvoyait<sup>487</sup>. La Cour de cassation a même quelquefois censuré les décisions du juge du fond au visa des « *règles et usances uniformes relatives au crédit documentaire* »<sup>488</sup>.

La Cour de cassation contrôle également l'application des adages et maximes implicitement ou explicitement consacrés par la loi, car il y aurait évidemment violation de la loi à en faire une « application contraire à la loi ». La difficulté principale porte alors sur le domaine d'application des

<sup>480</sup> J. -L. Sourieux, « Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif », thèse Paris, 1965, préface J. Boulanger.

<sup>481</sup> P. Malinverni, « Les conditions générales de vente et les contrats-types des chambres syndicales », thèse Paris II, 1978, préface J. Hémar.

<sup>482</sup> J. Carbonnier, Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple, coll. « Quadrige », PUF, 2004, vol. 1, p. 245 et s., spéc. nos 135 à 137

<sup>483</sup> D. Poracchia, « La réception juridique des montages conçus par les professionnels », préface J. Mestre, PUAM, 1998

<sup>484</sup> Ph. Malaurie, « Le rôle du notariat dans le développement du droit français » ? defrénois, 2004, I, p. 611 et s.

<sup>485</sup> Cass. soc., 3 décembre 1996, Bull. civ. V., n° 412 ; Cass. soc., 13 février 1996, Bull. civ., V., n° 53

<sup>486</sup> Cass. soc., 11 janvier 2000, observations P. Y. Gautier, in RTD. civ., 2001, p. 165 et s.

<sup>487</sup> Cass. soc., 19 juin 1947, S. 1947, I, 175

<sup>488</sup> Cass. com., 14 octobre 1981, JCP 1982 éd G., II., n° 19815, note C. Gavalda et J. Stoufflet ; obs. M. Cabrillac et B. Teyssié in RTD civ., 1982, p. 280 et s.

« maximes coutumières » qui ne sont pas « réellement » la loi. Un exemple de cette complexité peut être donné à propos des adages « *Nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans* » et « *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* », fondements de « l'exception d'indignité ». La Cour de cassation affirme d'abord qu'ils ne font pas obstacle à la nullité du contrat, mais seulement le cas échéant, « à l'exercice des restitutions consécutives à la nullité du contrat », ou encore qu'ils n'interdisent pas la « poursuite de la résiliation d'un contrat de bail »<sup>489</sup>. Une distinction essentielle est ensuite effectuée entre une situation « simplement illicite » et une situation « véritablement immorale ». La solution est largement consacrée<sup>490</sup>. Récemment, la chambre sociale de la Cour de cassation<sup>491</sup>, approuvée par la doctrine, a refusé de faire application de l'exception d'indignité, dont des salariés victimes d'une fraude de leur employeur aux dispositions légales relatives au licenciement économique se prévalaient, pour ne pas avoir à restituer les sommes versées à l'occasion des transactions ayant suivi les licenciements notifiés pour motifs personnels.

En matière de responsabilité, la Cour de cassation<sup>492</sup>, a affirmé que l'exception d'indignité ne peut pas faire obstacle à l'action de la victime d'un dommage qui a été l'instigatrice de la faute qu'elle reproche à l'auteur de ce dommage : « *chacun des coauteurs d'un dommage doit supporter, dans ses rapports avec les autres coauteurs et dans la mesure à déterminer par les juges, les conséquences de sa propre faute, et ses héritiers sont obligés à la réparation du dommage causé par cette faute sans pouvoir utilement se prévaloir de la maxime “Nemo auditur...” qui est sans application en la cause* ». Une position également restrictive a été retenue par la Cour de cassation dans la célèbre « affaire des statuettes » au bénéfice de la victime d'un dol alors qu'elle avait elle-même conclu le contrat en croyant réaliser un profit substantiel non justifié<sup>493</sup>. Dans cette hypothèse, l'analyse de la Cour de cassation par laquelle la « turpitude » de la victime est indifférente repose sans doute sur le principe selon lequel l'erreur provoquée par le dol ou la réticence dolosive est « toujours excusable », et qu'il convient donc de relativiser l'immoralité du comportement de la victime par rapport à celle de l'auteur du dol.

En revanche, la Cour de cassation<sup>494</sup> n'a pas hésité à appliquer de manière très extensive l'adage « *In pari causa...* », pour écarter l'action en garantie de l'acquéreur d'un fonds de commerce dirigée contre le vendeur, en relevant en substance que l'acheteur connaissait les agissements immoraux du vendeur. Il est donc permis de constater que le domaine d'application de l'exception d'indignité n'est pas toujours déterminé avec des critères juridiques précis.

La Cour de cassation exerce-t-elle un contrôle de l'application des usages par les juges du fond ?

*A priori*, la Cour de cassation semble refuser ce contrôle<sup>495</sup>, même pour les usages internationaux<sup>496</sup>,

<sup>489</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 24 juin 1992, Bull. civ., III., n° 219

<sup>490</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 janvier 1972, D. 1972, jur., p. 413 et s., note Ph. Le Tourneau ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 novembre 1984, Gaz. Pal., 1985, 2, p. 638 et s., note F. Chabas ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 février 2004, Bull. civ., III, n° 42, obs. J. Mestre et B. Fagès, *in* RTD civ., 2004, p. 279 et s.

<sup>491</sup> Cass. soc., 10 novembre 2009, pourvois 08-43806 à 08-43823, JCP. éd. G., 2010, 168, note J. Mouly. ; obs. B. Fagès, *in* RTD. civ., 2010, p. 104 et s.

<sup>492</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 décembre 1982, obs. G. Durry, *in* RTD. civ., 1983, p. 342 et s., 536 et s.

<sup>493</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 juin 2004, Bull. civ., I., n° 182 ; obs. J. Mestre et B. Fagès, *in* RTD civ., 2004, p. 503 et s.

<sup>494</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 avril 1981, D. 1982, jur., p. 51 note Ph. Le Tourneau.

<sup>495</sup> Cass. com., 5 mars 1969, Bull. civ., IV., n° 85.

<sup>496</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janvier 1987, Bull. civ., I., n° 2.

et par voie de conséquence la violation d'un usage ne peut donner lieu à cassation<sup>497</sup>. La Cour de cassation affirme par exemple que l'existence d'usages professionnels sont « souverainement appréciés par les juges du fond »<sup>498</sup>. Cette analyse est toutefois contestée, par certains auteurs. D'une part, « usages de droit » auraient valeur coutumière, et « les règles coutumières » spécialement consacrées par la loi devraient faire l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation. D'autre part, les « usages conventionnels », auraient une nature contractuelle qui se déduirait de leur incorporation implicite dans le contrat auquel ils donnent une certaine orientation, en l'absence de volonté contraire des parties. L'assimilation avec des stipulations contractuelles justifierait que leur interprétation soit l'objet d'une appréciation souveraine des juges du fond. La Cour de cassation a retenu l'appréciation souveraine des juges du fond à propos de l'existence « d'un usage général » en matière de conventions publicitaires<sup>499</sup> ou encore d'un « usage ancien et constant » en matière de vente de vins dans la région de Bordeaux<sup>500</sup>. Ainsi, la Cour de cassation aura vocation à censurer la dénaturation des termes du contrat commise par les juges du fond qui dépasseraient les limites de la simple interprétation du contrat<sup>501</sup> interdisant qu'on impose le respect d'un usage conventionnel « contre ou outre » la volonté des parties<sup>502</sup>. Par exemple, la Cour de cassation relève qu'un usage prévoyant une procédure préalable de conciliation ne peut s'imposer au juge, qu'en présence d'une stipulation contractuelle<sup>503</sup>. Du point de vue de la procédure, la Cour de cassation<sup>504</sup> rappelle enfin que « les juges du fond qui prennent l'initiative de se référer à un usage conventionnel sont tenus de respecter le principe du contradictoire » et cette exigence a pour effet indirect de souligner, *a contrario*, que les usages conventionnels ne présentent pas un véritable caractère « prénormatif ».

Soucieuse de protéger le consentement des contractants, la Cour de cassation a censuré, au visa de l'article 1134 du Code civil, la décision des juges du fond ayant accordé à un avocat des « honoraires de résultat » en fin de procès. Cette pratique était certes conforme aux usages du Barreau de Paris, mais les juges du fond en avaient reconnu l'efficacité sans s'être assurés de l'accord des parties<sup>505</sup>. La Haute juridiction rappelle également que les juges du fond ne peuvent pas faire application d'un usage prévu par un contrat-type, sans avoir vérifié que les partenaires contractuels étaient informés de cet usage et que leur comportement indiquait qu'ils y avaient adhéré<sup>506</sup>. La Cour de cassation a également souligné dans un arrêt relatif aux « usages bancaires », que « les juges du fond ne peuvent pas faire prévaloir un usage professionnel, aussi ancien et répandu soit-il, sur des dispositions d'ordre public »<sup>507</sup>. La Cour de cassation rappelle également qu'un usage bancaire n'est pas opposable au cotitulaire d'un compte joint en l'absence d'adhésion de ce dernier<sup>508</sup>.

En matière de contrat de travail, un arrêt du 8 avril 2010 de la Cour de cassation<sup>509</sup> apporte un éclairage intéressant sur la question de la remise en cause d'un « usage local ». Elle rejette le pourvoi

<sup>497</sup> Cass. civ., 25 mars 1908, D. P. 1910, 1, p. 454 et s.

<sup>498</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 juin 1997, D. 1997, jur., p. 604 et s.

<sup>499</sup> Cass. com., 25 janvier 1972, D. 1972, jur., p. 423 et s.

<sup>500</sup> Cass. com., 13 mai 2003, D. 2004, jur., p. 414 et s.

<sup>501</sup> Cass. com., 31 mai 1988, Bull. civ., IV., n° 189.

<sup>502</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 novembre 2003, Bull. civ., I., n° 229.

<sup>503</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 2003, Bull. civ., I., n° 108.

<sup>504</sup> Cass. com., 17 mai 1988, Bull. civ., IV., n° 167.

<sup>505</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 octobre 1995, Bull. civ., I., n° 365.

<sup>506</sup> Cass. com., 16 décembre 1997, Bull. civ., IV., n° 339.

<sup>507</sup> Cass. com., 18 mars 1997, obs. G. Raymond, *in* CCC, 1997, n° 124.

<sup>508</sup> Cass. com., 4 mai 1999, Bull. civ. IV., n° 90 ; obs. Ph. Delebecque, *in* Defrénois, 1999, p. 997 et s.

<sup>509</sup> Cass. Soc., 8 avril 2010, n° de pourvoi: 08-43599., publié au Bull. civ.

formé par un employeur ayant unilatéralement cessé d'octroyer la « prime de vie chère » versée dans les départements d'outre-mer, aux salariés anciens et nouvellement embauchés. L'argument principal de l'employeur se fondait sur la distinction entre « *usage local* » et « *usage d'entreprise* », il faisait valoir que la seule référence dans le contrat de travail d'une source collective (convention collective) ne contractualisait pas le versement de la « prime de vie chère », il eût fallu, selon lui « une clause contractuelle non équivoque ». La Cour de cassation, s'inspirant de la jurisprudence relative à la dénonciation des usages d'entreprise, considère au contraire qu'un usage local ne peut être remis en cause que par un accord collectif ayant le même objet, conclu dans le champ d'application géographique de l'usage, (ou dans un champ géographique plus large) : seule une négociation collective aboutie peut remettre en cause l'application de l'usage local<sup>510</sup>.

La Cour de cassation a pris soin d'affirmer que « *les usages professionnels ne se confondent pas avec les relations d'affaires* »<sup>511</sup>, dès lors, ils n'ont qu'une valeur supplétive, et ne peuvent être appliqués « par défaut », que dans le silence des parties<sup>512</sup>.

La Cour de cassation a donc, par de nombreux arrêts, limité les risques d'un désordre jurisprudentiel en matière d'application des coutumes et usages. Sans que la coutume et les usages ne soient strictement réduits à une simple manifestation du pouvoir jurisprudentiel, usages et coutumes sont appliqués de manière très circonstanciée par le juge judiciaire, sensible à la « porosité du monde ». Dans une logique dialectique et selon une approche dynamique, la jurisprudence « s'enrichit » de la référence aux usages, et réciproquement les pratiques deviennent des « règles » dans la mesure où elles sont « légitimées » par la jurisprudence. On utilise le terme « coutume » pour qualifier des situations fort différentes, les unes fondées sur des pratiques implicites, immémoriales et anonymes, les autres révélées au terme d'un processus de création rapide destinées à satisfaire les attentes de groupes spécifiques, spécialement dans la sphère professionnelle.

Des efforts de rigueur terminologique importants s'avèrent nécessaires pour éviter « l'abus de langage ». Selon la formule de Norbert Rouland<sup>513</sup> « *soit ce qui fait la coutume est son ancienneté, soit ce qui la spécifie est sa souplesse* ». La souplesse de la « *soft law* », et l'ambiguïté offerte au juge par la « *normativité relative* » des coutumes et usages justifient, sans doute, une approche pragmatique, sensible à la volonté du justiciable et à « *l'habitus* » populaire ; cela donne l'impression d'un « droit vivant » collant à l'actualité et aux attentes supposées de certains groupes, et de laisser opportunément une place « aux règles spontanées », mais il y a, peut-être, « confusion des genres » ou, du moins, « illusion d'optique ». Il est en effet permis de craindre qu'une « refondation » voire une « rénovation » de la coutume par la jurisprudence, comporte une trop forte dose de subjectivité risquant de compromettre la cohérence et la rigueur du passage du « fait » au « droit » et d'altérer définitivement une catégorie juridique classique<sup>514</sup>. Le paradoxe d'une source d'abord émise par la « base » (la coutume *lato sensu*), « reçue » ensuite, et « réappropriée » enfin, par la jurisprudence « *source venue d'un sommet* »<sup>515</sup> est assez singulier. La référence coutumière s'incorpore alors et se confond même avec la décision qui l'applique, passant de la périphérie vers le centre, du local au

<sup>510</sup> Cass. com., 4 mai 1999, Bull. civ. IV., n° 90 ; obs. Ph. Delebecque, in Defrénois, 1999, p. 997 et s.

<sup>511</sup> Cass. com., 23 janvier 2001, Bull. civ., IV, n° 22.

<sup>512</sup> Cass. com., 19 février 2002, obs. L. Leveneur, in CCC, 2002, n° 91.

<sup>513</sup> N. Rouland, « L'Etat français et le pluralisme », Paris, Ed. Odile Jacob, 1995, p. 174 et s.

<sup>514</sup> Ph. Fouchard, « Les usages, l'arbitre et le juge. À propos de quelques récents arrêts français », in Mélanges B. Goldman, 1982, Litec, p. 67 et s.

<sup>515</sup> Ph. Jestaz, Les sources du droit, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2005.

général, sans que le mécanisme soit toujours cohérent ou légitime : la répétition de décisions de justice concordantes n’a pas vocation à transformer la jurisprudence en « coutume ».

Au terme de cette courte contribution, il nous semble donc que l’affirmation du Doyen Jean Carbonnier<sup>516</sup> mérite toujours d’être méditée et permet de poursuivre la réflexion sur les relations entre coutume et jurisprudence : *« Je ne puis cacher, l’ayant écrit, que la jurisprudence m’a toujours semblé manquer des caractères inhérents à une source autonome du droit : ou elle est transparence de la loi, ou elle est fondation d’une coutume. Modeste pour elle, je l’ai parfois qualifiée de simple « autorité ». Mais, quel que soit le rôle qu’on lui accorde, il s’y mêle beaucoup d’inconvénients. A ceux qui sont généralement reconnus, j’ajouterais celui-ci qui m’a l’air assez grave : l’action de la jurisprudence s’accomplit aux dépens des justiciables, pris pour cobayes d’une expérimentation aléatoire, aux dépens, par hypothèse, du plus naïf des deux, celui qui a eu la lecture la plus littérale, la plus fruste de la loi. Mais ne faut-il pas se dire que c’est nous, doctrine, pratique, qui faisons la jurisprudence, en la recevant comme source ou comme autorité ? Les recherches devraient se déplacer de la formation vers la réception, phénomène de psychologie du groupe, d’un groupe dispersé, divisé (par têtes plutôt que par écoles), mais mis en communication par les recueils et... par la Revue trimestrielle de droit civil ».*

---

<sup>516</sup> J. Carbonnier, « Sur la jurisprudence aujourd’hui », in RTD civ., 1992 p. 341 et s.

### LE JUGE PENAL INTERNATIONAL ET LA COUTUME INTERNATIONALE.

**Herman Blaise NGAMENI,**  
*doctorant en droit public, ED 245*

#### Introduction

#### I - Le juge pénal international promoteur de la coutume comme socle d'un système répressif en construction

##### A - La conception utilitariste de la coutume du juge pénal international

##### B - L'émergence du juge pénal international comme constructeur du puzzle coutumier

#### II - Le juge pénal international conciliateur de la coutume avec les grands principes du droit pénal classique

##### A - La tentative de détermination de l'accessibilité et de la prévisibilité de la coutume par le juge pénal international

##### B - L'articulation difficile de la coutume avec le principe de légalité par le juge pénal international

#### Conclusion

#### Introduction

Après quelques décennies d'hibernation, le droit international pénal est redevenu d'actualité lorsqu'au cours des années 1990, la répression des crimes jugés impardonnables par la communauté internationale est devenue une nécessité impérieuse. Mais, la quadrature du cercle était de réussir à trouver un fondement juridique au système répressif qui devait être mis sur pied afin de sanctionner les responsables des crimes internationaux. Dans un tel contexte le juge pénal international, grand architecte d'un édifice juridique encore vacillant a-t-il cru bon de fonder le nouveau système sur la coutume, afin de pallier la carence des instruments conventionnels, qui le condamnaient à coup sûr à un déni de justice qui ne pouvait qu'exacerber le sentiment d'injustice à l'égard des victimes.

C'est pourquoi, comme l'a si bien dit Christian TOMUSCHAT « *la question du caractère coutumier du droit international pénal a regagné une actualité qu'elle semblait avoir perdu* »<sup>517</sup> lorsqu'au cours de la décennie 1990, on a remis au goût du jour les principes sous-jacents aux procès de Nuremberg et de Tokyo utilisés tant contre les dirigeants de la dictature nazie que du Japon impérialiste.

---

<sup>517</sup> C. TOMUSCHAT, « La cristallisation coutumière », H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (dir.) *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 23.

Mais « *la cristallisation coutumière* »<sup>518</sup> en droit international pénal ne s’est pas faite sans susciter des remous; car pour reprendre les propos de Brigitte STERN, « *il est clair que la coutume dérange* »<sup>519</sup>. En effet, elle ne peut éveiller dans l’esprit du juriste pénaliste, surtout de tradition romano-germanique, que le doute et la méfiance pour la simple raison qu’il est difficile de concilier la clarté du principe de légalité avec « *les incertitudes et les obscurités qui entourent la « découverte » des règles coutumières* »<sup>520</sup>. L’opération du juge pénal international qui vise à découvrir la coutume, est donc constamment entachée d’un soupçon de tentative de violation du sacro-saint principe de légalité.

En vérité, il ne pouvait en être autrement au regard du caractère manifestement vague des éléments constitutifs de la coutume internationale; à savoir d’une part un élément matériel qui nécessite la présence d’une pratique généralisée, et d’autre part un élément psychologique, qui renvoie au sentiment ou à la croyance qu’un comportement est conforme au droit (*opinio juris sive necessitatis*). Jean COMBACAU et Serge SUR, démontrent très bien que la coutume internationale à travers surtout ses éléments constitutifs, « *renvoie à des conceptions différentes du phénomène juridique, entre lesquelles le droit positif ne tranche pas, et n’a pas besoin de trancher* »<sup>521</sup>.

Aussi, ils précisent qu’en considérant que l’association des deux éléments de la coutume, à savoir la pratique et l’*opinio juris*, correspond à un processus réel, ou à une succession d’étapes, cela nous conduit fatalement à la critique de l’*opinio juris* exposée par Hans KELSEN. Ce dernier considère en effet que, la coutume n’est que la résultante d’une erreur, pour la simple raison que la pratique initiale ne serait pas juridiquement obligatoire. Ainsi l’intuition d’une conviction juridique se basant uniquement sur l’existence d’une pratique générale serait tout simplement fautive, car la règle en elle-même n’existant pas encore. C’est pourquoi, KELSEN arrive à la conclusion selon laquelle, l’*opinio juris* doit être rejetée en tant qu’élément constitutif de la coutume car, elle n’est en réalité que le fruit d’une interprétation plutôt critiquable de la règle. Mais pour beaucoup d’auteurs<sup>522</sup>, cette difficulté peut être surmontée si l’on considère les deux éléments de la coutume non pas comme mode de formation, mais au contraire comme critères d’existence ou d’extériorisation.

Par ailleurs, il faut signaler qu’il existe plusieurs types de coutumes correspondant à des processus différents. On oppose en effet assez souvent, une coutume traditionnelle à une coutume plus novatrice. La première repose sur un processus lent et stabilisateur, fondé sur une logique de sédimentation des pratiques, répétées et consolidées, ce qui créera progressivement un sentiment de force obligatoire. La seconde qui rompt avec les règles existantes, s’établit brusquement voire instantanément en lien avec des processus collectifs. Selon René-Jean DUPUY<sup>523</sup>, la coutume traditionnelle mettrait l’accent sur la pratique, alors que la coutume novatrice reposerait sur l’*opinio juris*.

<sup>518</sup> Voir C. TOMUSCAT, *ibidem*, p. 23.

<sup>519</sup> B. STERN, « La coutume au cœur du droit international: quelques réflexions », in *Le droit international: unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 479.

<sup>520</sup> L. GRADONI, « L’attestation du Droit International Pénal coutumier dans la jurisprudence du tribunal pour l’ex-Yougoslavie « régularités » et « règles » ». in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Les sources du Droit International Pénal*, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p. 25.

<sup>521</sup> J. COMBACAU, S. SUR, *Droit International Public*, LGDJ, 8<sup>e</sup> édition, Montchrestien, Paris, 2008, p. 61.

<sup>522</sup> J. COMBACAU, S. SUR, *ibidem*, p. 61.

<sup>523</sup> R.-J. DUPUY, « Coutume sage et coutume sauvage », dans *Mélange Rousseau*, A. Pedone, 1974, p. 75-87

Certains peuvent considérer toutes ces analyses comme de simples exercices de styles, ou comme de savantes élucubrations scientifiques émanant de quelques esprits géniaux de brillants internationalistes; mais ce serait sous-estimer l'aide apportée par les réflexions doctrinales au juge international, lorsqu'en l'absence d'instruments conventionnels, celui-ci se trouve contraint de motiver sa décision en se fondant, sur des règles non écrites et en l'occurrence la coutume.

Le juge pénal international, qui est une autorité dont la principale compétence consiste à déterminer la responsabilité pénale internationale des personnes ayant participé à la commission des crimes « *qui touchent l'ensemble de la communauté internationale* »<sup>524</sup> comme le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, et dans le cadre de la Cour Pénale Internationale, le crime d'agression<sup>525</sup>, s'est dès les origines appuyé sur un socle coutumier. La principale raison à cela, c'est qu'il existe une corrélation entre la coutume et la jurisprudence, et on peut très bien le vérifier dans tous les systèmes juridiques qui accordent une certaine valeur aux règles coutumières.

C'est pourquoi, même si droit juridictionnel et droit coutumier ne sont pas des concepts interchangeables, il n'en demeure pas moins que les décisions du juge constituent le support institutionnel concret de la coutume. Ainsi autorité du juge rime-t-elle très souvent avec autorité de la coutume. Il n'est donc pas étonnant que, certains grands principes dégagés par les juges pénaux internationaux soient aujourd'hui qualifiés de principes coutumiers. Néanmoins, un tel raisonnement ne s'est pas imposé sans anicroche, car il a fallu dans un premier temps, rompre avec la tradition selon laquelle seuls les Etats étaient habilités à créer les règles pénales qui étaient au demeurant applicables exclusivement dans leur espace territorial national<sup>526</sup>.

Heureusement, les Tribunaux Militaires Internationaux de Nuremberg et de Tokyo ont réussi à dépasser cette vision étriquée du droit qui ignorait manifestement l'existence d'une communauté internationale, certes embryonnaire dans la deuxième moitié des années 1940, mais que l'on ne pouvait plus ignorer. Par la suite le Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie (TPIY) et le Tribunal Pénal International pour le Rwanda (TPIR), restant dans le sillage de leurs devancières de l'après seconde guerre mondiale, ont fortement œuvré, en tout cas mieux pour l'instant que la Cour Pénale Internationale (CPI), pour la consolidation de la coutume en droit international pénal. Un tel constat n'est en réalité qu'une lapalissade et ne vient en aucun cas dissiper les questions qui trottent dans l'esprit des analystes à savoir d'une part, quelle est l'influence réelle du juge pénal international sur la coutume internationale ? D'autre part, quel usage fait-il de la coutume internationale dans sa mission délicate de sanctionner les crimes les plus graves qui heurtent la conscience humaine ? Après avoir exploité quelques éléments de la jurisprudence pénale internationale, il apparaît clairement que, le juge pénal international a souvent joué le rôle de promoteur de la coutume comme socle d'un système répressif en construction **(I)** ce qui l'a amené à essayer de concilier la coutume avec des grands principes sacro-saints du droit pénal classique **(II)**, opération qui s'est parfois avérée plus concluante que prévue.

#### **I - Le juge pénal international promoteur de la coutume comme socle d'un système répressif en construction**

<sup>524</sup> A ce propos, voir Sophie FREDIANI, *Les juridictions pénales internationales et les Etats : étude du face à face*, thèse de doctorat en droit, université Montesquieu-Bordeaux IV, octobre 2004, p. 14.

<sup>525</sup> Voir article 5 para.1(d) et 2 du statut de Rome de la Cour pénale Internationale.

<sup>526</sup> Voir C. TOMUSCHAT, *op.cit. note1*, p. 23.

L'obligation pour les juges de motiver leurs décisions a pour objectif, surtout en droit international pénal, de garantir un procès équitable et légitime, mais l'ordre juridique international étant moins règlementé que l'ordre juridique interne, le juge pénal international s'est très souvent trouvé dans l'obligation de développer une conception utilitariste de la coutume internationale (A) ; ce qui l'a poussé à s'ériger en véritable constructeur d'un puzzle coutumier (B).

#### A - La conception utilitariste de la coutume du juge pénal international

La coutume a une dimension fonctionnelle qui oblige les praticiens du droit à l'utiliser dans une optique utilitariste. Pour certains auteurs<sup>527</sup>, l'utilitarisme de la coutume permet, dans certaines circonstances, aux sujets du droit international de défendre une cause en évoquant des prétentions qu'ils auraient difficilement pu alléguer au cours d'un litige où le droit conventionnel n'offre pas de solutions claires et précises. Pour le juge pénal international, la conception utilitariste de la coutume lui permettra de motiver le cas échéant sa décision afin que, selon les termes de Louis RENAULT, « *la justice ne soit pas seulement juste, mais encore paraisse juste* »<sup>528</sup>.

La conception utilitariste de la coutume permet au juge, d'appuyer sa décision sur une argumentation raisonnée et bien articulée. Une telle conception de l'instrument coutumier lui est dictée par la nécessité<sup>529</sup>. En effet, très souvent le juge pénal international s'appuie uniquement sur la nécessité de réprimer le crime qui a été à l'origine de sa saisine ; privilégiant ainsi l'*opinio juris sive necessitatis* au détriment de la pratique.

Ainsi après la seconde guerre mondiale, des criminels internationaux avaient été jugés sur le postulat que, leur responsabilité criminelle n'était pas régie par un droit national quelconque, mais bien directement par les règles du droit international. C'était pour l'époque, une conception novatrice du droit international, qui n'avait eu qu'un seul précédent à savoir la disposition de l'article 227 du traité de Versailles qui visait, à réprimer devant un juge pénal international, le Kaiser allemand à qui l'on reprochait d'avoir violé le caractère sacré des traités<sup>530</sup>. Mais cette disposition étant restée lettre morte, les Pays-Bas ayant refusé d'extrader l'ex-dirigeant allemand, elle ne pouvait en conséquence mériter la qualification de pratique internationale<sup>531</sup> par une juridiction créée ultérieurement.

Mais, la gravité des crimes commis par les dirigeants nazis était telle que le juge, sous l'instigation de la communauté internationale, a dû fonder sa jurisprudence sur la nécessité de réprimer les atrocités dont s'étaient rendus coupables les responsables politiques du III<sup>e</sup> Reich allemand.

La conception utilitariste de la coutume dans le but de pallier la carence des règles conventionnelles, fait du juge l'un des principaux créateurs du droit international pénal. Massimo VIGLIOTTI souligne

<sup>527</sup> Voir à ce propos J. COMBACAU, S. SUR, *ibidem*, p.58.

<sup>528</sup> Propos rapportés par Jean COMBACAU et Serge SUR, *ibidem*, p. 58.

<sup>529</sup> A propos, lire M. BALBONI, « La coutume entre nécessité et volonté », in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir), *Les sources du Droit International Pénal*, Société de Législation Comparée, Paris, 2004, p. 269-276.

<sup>530</sup> Sur la question, lire C.TOMUSCHAT, *op. cit. note 1* p. 24

<sup>531</sup> Il est bon à savoir qu'avant 1919, il n'avait jamais été prétendu que le non-respect des engagements internationaux, constituait à proprement parler un crime passible de sanction devant un juge international. Ainsi l'article 227 du traité de Versailles était en réalité l'expression à peine voilée d'un désir de revanche à l'égard d'une Allemagne vaincue.

bien la fonction créatrice des juges, lorsqu’il déclare sans fard que ceux-ci « *jouent un rôle fondamental de coauteurs du droit dans leur activité quotidienne de « dire le droit* ». De plus, il ajoute que « *loin de se borner à spécifier le contenu sémantique des règles pour les appliquer au cas concret, les juges métabolisent les textes, redéfinissant, à l’occasion de chaque application de la règle, les confins normatifs de celle-ci* »<sup>532</sup>.

La fonction créatrice est bien évidemment beaucoup plus importante en l’absence de règles écrites, seulement, certains considèrent que cette fonction peut être compromise si des textes ultérieurs viennent remettre en cause la coutume que le juge a contribué à créer. Mais, ce raisonnement n’est qu’en partie vrai et est sûrement entaché de sophisme, car en droit international le droit écrit n’est pas fondamentalement supérieur à la coutume, même si pour dire vrai, les Tribunaux Pénaux Internationaux (TPI) d’une part et la CPI d’autre part, n’entretiennent pas les mêmes rapports avec la coutume internationale.

Ainsi, si les TPI, parfois faute de mieux, ont très souvent considéré la coutume comme une source substantielle du droit international pénal, la CPI quant à elle, est d’abord et avant tout liée par les dispositions du statut de Rome qui est au demeurant beaucoup plus explicite et exhaustif que les statuts des juridictions *ad hoc*. Il y a donc risque que le droit international soit écartelé entre des normes antagonistes, l’une coutumière et l’autre conventionnelle. Malheureusement, ceci n’est pas une simple hypothèse d’école, car aujourd’hui, il apparaît que les définitions détaillées et précises des éléments du crime par le statut de Rome<sup>533</sup> sont bien en porte-à-faux avec le droit coutumier et la jurisprudence des TPI, en l’occurrence celle en matière de crimes de guerre ou encore en matière de crimes contre l’humanité<sup>534</sup>.

En conséquence, comme le fait remarquer Laurence BURGORGUE-LARSEN, il « *se dessine en filigrane un droit pénal international à double vitesse; car si les TPI n’accordent manifestement que peu de crédit au statut de Rome quand il s’éloigne du droit international coutumier, les juges de la CPI, quant à eux, ont comme référent majeur le statut de Rome auquel sont ajoutés (...) les éléments constitutifs des crimes* »<sup>535</sup>. Finalement, il apparaît que les principaux partisans de la conception utilitariste de la coutume internationale sont en fait les juges des Tribunaux Pénaux *ad hoc*, qui ont démontré au travers de leurs décisions, qu’ils avaient réussi à s’ériger en véritables constructeurs du puzzle coutumier.

#### **B - L’émergence du juge pénal international comme constructeur du puzzle coutumier**

L’ordre juridique international apparaît souvent comme étant fragmenté, et la tentative d’uniformisation que fera le juge pénal international consistera essentiellement à « grappiller » des

<sup>532</sup> M. VOGLIOTTI, « Production du droit en réseau et le juge « tisseur ». De quelques épiphanies de l’expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale », in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir), *Les sources du Droit International Pénal*, Société de Législation Comparée, Paris, 2004, P. 363.

<sup>533</sup> Voir article 7(1) h du statut de Rome qui considère la persécution comme un crime contre l’humanité et ceci en contradiction avec le droit coutumier international.

<sup>534</sup> Lire jugement Le Procureur c. Zoran Kupreskic et consorts, IT-95-16-A, Chambre de première instance II, J, 14 janvier 2000.

<sup>535</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « Les sources du droit international pénal analyse comparative de la pratique judiciaire des TPI et du texte du statut portant création de la Cour Pénale Internationale », in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir), *Les sources du Droit International Pénal*, Société de Législation Comparée, Paris, 2004, P.380.

règles juridiques hétéroclites, afin de constituer une espèce de puzzle coutumier.

Lorenzo GRADONI dans un fameux rapport, se livre à un essai d'identification de l'espace géographique qui donne la possibilité au juge pénal international de construire des règles coutumières sur la base des pratiques juridiques ayant cours dans les Etats. Cette opération lui permet de déceler sept groupes d'Etats qui intéressent généralement le juge. Ainsi, l'on peut citer par exemple le « *bloc occidental* » qui comprend l'Europe occidentale, l'Amérique du Nord, l'Australie et la Nouvelle Zélande, mais aussi Israël; l'« *Europe orientale* » déterminée grâce au spectre de l'ancien rideau de fer; la frontière entre « *Moyen-Orient et Caucase* » et « *Asie centrale* » passe entre l'Iraq et l'Iran; l'« *Asie orientale* » englobe toutes les entités politiques se trouvant à l'Est du Bangladesh ; l'« *Afrique* »; et pour finir l'« *Amérique Latine* » qui couvre l'espace géographique allant du Chili au Mexique<sup>536</sup>.

Un principe quoique abstrait voudrait que chaque Etat puisse influencer, dans les mêmes conditions que les autres, le juge dans la construction de la coutume internationale. Toutefois, la pratique révèle que certains systèmes juridiques, font l'objet de plus d'attention que d'autres. De plus, le juge n'hésite pas à affirmer qu'il y a des Etats qui l'influencent davantage dans le cadre de sa politique jurisprudentielle. Ainsi, Lorenzo GRADONI nous révèle qu'après une déclaration du gouvernement américain, la chambre d'appel du TPIY a fait l'observation suivante: « *on ne saurait nier sa portée: elle énonce l'opinion juridique de l'un des membres permanents du Conseil de sécurité sur une question juridique délicate* »<sup>537</sup>.

Aussi, la juridiction affirme que la position américaine « *fournit le premier indice d'un changement possible de l'opinio juris des Etats* » et elle ajoute que « *si d'autres Etats et organes internationaux en viennent à partager cette opinion, un changement du droit coutumier(...) pourrait se concrétiser progressivement* »<sup>538</sup>. Dans une célèbre déclaration annexée à l'arrêt Furundzija, un juge, M. Shahabuddeen fait remarquer qu'en cas de « *position divergente adoptée dans le cadre d'un système juridique aussi important que celui de l'Angleterre et du pays de Galles, il n'est pas certain que l'on puisse conclure à juste titre à la cristallisation d'une nouvelle norme de droit international coutumier définissant une règle d'application du principe d'impartialité* »<sup>539</sup>. Toujours dans l'optique de souligner la priorité apportée à certains systèmes juridiques, une chambre de première instance a évoqué la pertinence de « *deux manuels militaires nationaux importants* », ceux des Etats-Unis et du Royaume-Uni ; alors que le manuel militaire de la Yougoslavie, Etat pourtant concerné au premier chef, n'avait pas semblé jouir de la même considération devant le juge.

D'une manière générale, il s'avère que le juge pénal international dans sa tentative de construction des règles coutumières, s'inspire essentiellement de l'ordre juridique des pays membres du Conseil de sécurité hormis la Chine<sup>540</sup>.

Finalement, la construction du puzzle coutumier apparaît comme étant relativement aisée lorsque le

<sup>536</sup> Sur la question lire L.GRADONI, *ibidem*, P. 46.

<sup>537</sup> Voir L. GRADONI, *ibidem*, P. 49

<sup>538</sup> *Le procureur c/ Tadic*, Arrêt de la Chambre d'appel relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 15 juillet 1999, paragraphe 83.

<sup>539</sup> *Le procureur c/ Furundzija*, Déclaration du juge Shahabuddeen, 21 juillet 2000, paragraphe 3.

<sup>540</sup> Il faut tout de même ajouter que le juge pénal international s'inspire à l'occasion des droits néerlandais, allemand et italien qui sont considérés comme des « *indispensables* » pour la construction d'une coutume pénale internationale fiable.

juge s'appuie de façon systématique sur les mêmes référents culturels, c'est-à-dire ceux de la civilisation occidentale, pour tisser sa toile coutumière. Aussitôt que le puzzle coutumier aura été construit par un « *juge originel* », son autorité s'imposera aux juridictions subséquentes qui seront appelées dans l'avenir à résoudre d'autres problèmes réglés par la coutume. En effet, les sources nationales ou autres exploitées par le juge pénal international, sont en fait les pièces d'un puzzle qu'il aura vite fait d'incorporer dans sa jurisprudence. Aussi, lorsque cette jurisprudence sera assez étoffée et riche, il s'y réfèrera de plus en plus dans le cadre de ses décisions futures.

C'est donc grâce à une sédimentation jurisprudentielle que le puzzle construit par le juge, se consolidera pour devenir finalement, une norme coutumière ayant une force juridique certaine ; car sans cette sédimentation, les règles dégagées resteront à l'état de principes généraux de droit n'ayant qu'une valeur secondaire. Le temps qui sera nécessaire pour la consolidation de la coutume apparaîtra, selon les termes de Massimo VOGLIOTTI, comme étant « *le résultat d'une œuvre rationnelle et prudente de tissage* »<sup>541</sup>. Ainsi, la norme dégagée par le juge sera aux yeux de la communauté internationale une norme équitable et légitime qui pourra s'imposer à tous. Mais avant, il ne faut pas oublier que le processus qui conduit à la construction du puzzle par le juge n'est pas libre car celui-ci est bien soumis à un ensemble d'exigences qui limitent sa marge de manœuvre. Pour certains auteurs en effet, « *le juge est pris dans un réseau d'autorités qui le guide et le conditionne* »<sup>542</sup>. Ceci l'oblige à devoir constamment jouer d'une certaine manière, le jeu du droit, s'il ne veut pas subir les critiques trop acerbes de la « *communauté interprétative* » (les professionnels du droit ou la société internationale d'une manière générale), qui n'hésiterait pas à remettre en cause le rôle du juge, si sa position ne correspondait pas à l'idée qu'elle se fait de la justice pénale internationale.

Ainsi, le juge pénal international est-il contraint d'exercer sa fonction de bâtisseur du socle coutumier avec circonspection, mais aussi et surtout avec transparence, de manière à toujours rechercher l'adhésion des principaux intéressés par la norme dont il se fait le créateur. C'est pourquoi, aux dires de Massimo VOGLIOTTI<sup>543</sup>, il doit trouver ses limites plus à l'extérieur qu'à l'intérieur de lui-même. Aussi, sa légitimité et son prestige seront garantis s'il cultive la vertu de la prudence et du « *self-restraint* », ce qui aboutira sans doute à un respect plus spontané du puzzle coutumier qu'il aura élaboré.

Par ailleurs, à cause du principe de complémentarité avec les juridictions nationales, qu'instaure le statut de Rome, le juge pénal international est obligé d'amorcer un dialogue avec celles-ci, et pour y arriver, il sera bien entendu obligé de concilier la coutume qu'il a contribué à créer avec les grands principes du droit pénal classique en vigueur dans les ordres juridiques internes.

## **II - Le juge pénal international conciliateur de la coutume avec les grands principes du droit pénal classique**

Le juge pénal international est souvent appelé à jouer à l'équilibriste lorsque, voulant promouvoir la

<sup>541</sup> M. VOGLIOTTI, *op.cit. note*, P.366.

<sup>542</sup> M. VOGLIOTTI, *ibidem*, P.367.

<sup>543</sup> Cet auteur souligne notamment dans son article précité que, dans l'affaire *Kanyabashi* (TPIR-96-15-T), décision sur l'exception d'incompétence soulevée par la défense, du 18 juin 1997, la chambre de première instance du TPIR a accepté de respecter l'autorité d'une décision de la chambre d'appel du TPIY, même si en passant il fait tout de même remarquer que les mêmes juges siègent dans les chambres d'appel des deux tribunaux ad hoc.

coutume, il se retrouve tout de même dans l'obligation de respecter les grands principes du droit criminel consacrés par le droit écrit dans la plupart des Etats. C'est ce qui le pousse très souvent à faire une tentative de détermination de l'accessibilité et de la prévisibilité de la coutume (A) ou encore d'amorcer une articulation quoique difficile, de la coutume avec le principe de légalité (B).

#### **A - La tentative de détermination de l'accessibilité et de la prévisibilité de la coutume par le juge pénal international**

Le recours à la coutume devrait offrir les mêmes garanties aux individus en termes d'accessibilité et de prévisibilité que les règles écrites. Malheureusement, ce n'est pas toujours le cas tant devant les juridictions nationales qu'internationales. On peut toutefois imaginer comme le suggère Marco BALBONI<sup>544</sup>, « *que la pratique puisse jouer un rôle de substitution, à savoir celui de permettre l'accessibilité et la prévisibilité de la règle coutumière* ». Il va sans dire en effet que, le juge peut s'appuyer sur des pratiques fort récurrentes, pour présumer que des règles coutumières offrent aux justiciables les garanties nécessaires à un procès équitable. Aussi, l'accessibilité et la prévisibilité seront d'autant plus présumées que, la coutume s'appuie sur la volonté étatique plutôt que sur la nécessité. En effet, la nécessité suppose que la pratique n'a en réalité qu'une importance relative ; et il n'est donc pas nécessaire de constater le seuil d'attestation de la coutume pour l'appliquer aux individus.

Par contre, lorsque la coutume est en fait l'expression de la volonté des Etats, il est clair qu'un certain seuil de pratique sera nécessaire afin que l'on puisse parler de règle coutumière. La pratique dans ce cas n'aura pas seulement pour but de parachever le processus de formation de la coutume, elle permettra également au juge de constater que les conditions qui permettent d'assurer les garanties dues aux individus telles que l'accessibilité et la prévisibilité de la règle, sont remplies.

En général, le juge en vient à conclure que la coutume issue de ses jurisprudences successives, offre aux justiciables les mêmes garanties quant à son accessibilité et à sa prévisibilité que les règles écrites. Un tel raisonnement peut apparaître comme étant logique si l'on part du postulat selon lequel, l'écriture du droit dans un code ou une jurisprudence facilite sa connaissance par les individus. A ce propos, Lorenzo GRADONI affirme à juste titre que « *lorsque le droit émane du prétoire, on sera normalement en présence de règles qui, pour ne pas être codifiées, sont néanmoins renfermées dans une forme écrite particulière* »<sup>545</sup>. Mais le juge, dans sa démarche essaie de donner des arguments encore plus précis, lorsqu'il s'agit de justifier l'accessibilité ou la prévisibilité du droit international pénal coutumier. Ainsi précise-t-il que, le critère d'accessibilité doit être considéré en se plaçant du point de vue de l'accusé, c'est-à-dire d'un individu, c'est donc d'un tel sujet que le juge doit se demander s'il pouvait de façon raisonnable connaître, au moment des faits incriminés, une éventuelle règle coutumière. En plus, un lien a été apparemment établi par la chambre de première instance du TPIY, entre la preuve d'une pratique étatique particulièrement diffuse, et l'émergence d'une présomption d'accessibilité de la norme coutumière correspondante<sup>546</sup>.

<sup>544</sup> M. BALBONI, *ibidem*, P.273.

<sup>545</sup> L. GRADONI, *ibidem*, P. 56.

<sup>546</sup> *Le procureur c/ Milutinovic*, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanić - Entreprise criminelle commune, *Ojdanić* (IT-99-37- AR72) Chambre d'appel, 21 mai 2003 paragraphe 2.

Par ailleurs, le juge établit une distinction encore plus claire entre la notion d'existence et d'accessibilité d'une règle coutumière. On en vient à conclure qu'une règle coutumière doit revêtir deux qualités au moins pour que le juge pénal international puisse l'appliquer. En conséquence, il est bien envisageable du point de vue de Lorenzo GRADONI<sup>547</sup> qu'une règle reconnue pourtant comme appartenant au droit international général, ne puisse pas être appliquée en droit international pénal tout simplement à cause de son inaccessibilité. De plus, comme on l'a déjà dit, le juge, en l'occurrence celui de la Chambre d'appel du TPIY, a reconnu que l'accessibilité d'une norme coutumière peut dépendre de la situation de ses destinataires. Ensuite, la situation variera en fonction du contenu du droit de l'Etat dont l'accusé est ressortissant.

Ainsi, s'il apparaît qu'il y a une coïncidence substantielle entre le droit interne d'un accusé et la coutume internationale, on considérera, que la règle non écrite lui est davantage proche et par conséquent plus accessible qu'en cas de divergences entre la norme internationale et la norme interne. Aussi la Chambre d'appel du TPIY est allée jusqu'à affirmer dans l'affaire *Ojdanic* que, l'on pouvait très bien avoir recours au droit national de l'accusé dans le but d'établir que celui-ci pouvait raisonnablement avoir su que l'offense en question était prohibée et punissable<sup>548</sup>. Le « *facteur de proximité* » vient donc d'une certaine façon, favoriser l'applicabilité de la coutume dans l'affaire en cause. Dans l'espèce *Odjanic* sus-évoquée, le code yougoslave considérait qu'une entreprise criminelle débouchait sur une responsabilité pénale individuelle, et la caractérisait finalement d'une manière assez similaire à celle de la coutume dont la chambre d'appel, dans un arrêt antérieur<sup>549</sup>, avait reconnu l'existence.

Néanmoins, il faut préciser que ce n'est pas seulement le droit national de l'accusé qui est pris en compte. En effet, le juge de la chambre d'appel du TPIY, précise que la référence se porte en particulier, mais pas exclusivement sur un droit national. En conséquence, plusieurs degrés de proximité sont envisageables ; il doit donc être pris en compte la relation entre, d'une part le droit international coutumier, et d'autre part, le droit national de l'accusé ou le droit de l'Etat où le crime a été commis ou même, le droit national de la victime.

Malgré l'importance que le facteur de proximité peut revêtir, le juge a tenu à préciser qu'il ne pouvait à lui seul être considéré comme étant décisif, et n'apportant au final que des indications complémentaires à la juridiction. Finalement, le facteur primordial de la justification d'une règle coutumière et partant de son accessibilité et de sa prévisibilité, est sans contexte son degré d'attestation. Un autre facteur dit « *d'atrocité* » peut influencer l'appréciation de l'accessibilité d'une règle coutumière ; ce facteur entre en ligne de compte lorsque les crimes commis sont particulièrement répugnants ou immoraux. Mais le degré d'attestation occupe une place centrale dans la détermination de la règle coutumière, et les garanties que ce facteur donne en termes de prévisibilité ou d'accessibilité sont en fait primordiales pour les droits de l'accusé ; cela n'est pas surprenant puisque, lesdites garanties sont en réalité le corollaire du principe de légalité que le juge a parfois du mal à concilier avec la coutume.

#### **B - L'articulation difficile de la coutume avec le principe de légalité par le juge pénal international**

<sup>547</sup> L. GRADONI, P. 60.

<sup>548</sup> Voir affaire *Le procureur c/ Milutinovic* précitée paragraphe 40.

<sup>549</sup> Voir *Le procureur c/Tadic*, Arrêt de la Chambre d'appel, 15 juillet 1999, paragraphes 192-203 et 220-226.

Le principe de légalité est la pierre angulaire de la plupart des systèmes répressifs modernes. A l'origine, en France il visait à mettre un terme à l'arbitraire et aux caprices du juge. C'est pourquoi, la rupture avec l'Ancien Régime a eu pour conséquence de cantonner les incriminations et les peines que le juge infligeait aux accusés<sup>550</sup> dans le principe de légalité. D'abord exprimé par MONTESQUIEU<sup>551</sup>, le principe de légalité a été repris par BECCARIA qui, dans son fameux Traité des délits et des peines écrit que « *seules les lois peuvent fixer les peines qui correspondent aux délits, ce pouvoir ne pouvant être détenu que par le législateur, qui réunit toute la société réunie par un contrat social* »<sup>552</sup>.

Simple idée philosophique au départ, le principe de légalité a acquis valeur juridique, lorsqu'il a été repris par les systèmes juridiques modernes ; ainsi la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 voulant rompre définitivement avec l'arbitraire du passé, proclame dans son article 8 que « *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée* », et le code pénal français de 1810 abonde dans le même sens en disposant dans son article 4 que « *nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'il fussent commis* ».

Cette règle traduite par la célèbre maxime « *nullum crimen, nulla poena, sine lege* », apparaît comme étant le soubassement du droit criminel moderne. L'on comprend donc aisément pourquoi l'articulation entre principe de légalité et coutume internationale a suscité et suscite encore des inquiétudes chez les spécialistes du droit pénal. M. HERZOG, substitut du Procureur général français au Tribunal militaire international de Nuremberg parlant de cette juridiction affirme qu' « *elle a proclamé que l'individu était un sujet de droit international mais, mise dans l'obligation d'appliquer un droit coutumier, elle a paru heurter le principe de la légalité, qui est la règle d'or des systèmes répressifs organisés* »<sup>553</sup>.

En revanche, les internationalistes, plus accoutumés au rôle parfois déterminant joué par le droit non écrit dans leur domaine d'étude, se sont quelquefois livrés à une bataille acharnée pour imposer la coutume comme source « *légitime* » du droit international pénal. Ils s'insurgeaient ainsi contre les excès de la codification constatés notamment dans le statut de Rome<sup>554</sup> que d'aucuns n'hésitent pas à qualifier de « *texte surabondant qui sous-tend une méfiance parfois irrationnelle envers le droit non écrit, et sous-estime les rigidités que l'écriture du droit peut instiller dans le jeu autrement vivifiant de l'interprétation* »<sup>555</sup>.

Toutefois, même si le juge pénal international est très attaché à la coutume internationale, il ne se montre pas pour autant a priori hostile à l'idée de respecter le principe de légalité, car comme il l'affirme lui-même, « *les principes de légalité semblent être caractérisés par leur objectif clair: tenir la balance égale entre la nécessité de faire preuve de justice et d'équité envers l'accusé et le besoin de préserver l'ordre mondial* »<sup>556</sup>.

<sup>550</sup> Lire F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Droit Pénal Général*, Economica, 14<sup>ème</sup> édition, Paris, 1<sup>er</sup> septembre 2007, P.144.

<sup>551</sup> Voir MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Livre XII, ch. IV.

<sup>552</sup> BECCARRIA, *Traité des délits et des peines*, ch.III.

<sup>553</sup> Propos cités par L. GRADONI dans l'article précité, note de bas de page n°59, P52.

<sup>554</sup> Après la codification du droit international pénal par le statut de Rome surtout sous l'instigation des pénalistes, Alain PELLET a accusé ceux-ci d'avoir mené une véritable « *brainwashing operation* » sous le couvert du principe de légalité.

<sup>555</sup> Lire L. GRADONI, *ibidem*, P. 52.

<sup>556</sup> *Le procureur c/ Delalic*, jugement de la chambre de première instance, 16 novembre 1998, paragraphe 405.

De plus, il faut reconnaître que le principe de légalité ayant comme principal soubassement la règle *nullum crimen sine lege*, oblige très souvent le juge de se placer du point de vue de l'accusé, lorsqu'il s'agit de déterminer le droit applicable. C'est pourquoi, l'on observe qu'il essaie d'effectuer une subtile articulation entre la coutume internationale et la norme écrite existante. Pour faciliter dans la mesure du possible une compatibilité entre règles écrites et règles non écrites, il fera en sorte que la norme coutumière se soit manifestée au travers d'une pratique abondante qui bien entendu ne prête pas à équivoque<sup>557</sup> ; en même temps, la mise en œuvre de la règle *nullum crimen sine lege*, expression latine du principe de légalité, fera en sorte que le juge pénal international applique les règles du droit international humanitaire qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier<sup>558</sup>.

Par ailleurs, le statut de Rome, manifestation même de la codification du droit international pénal, ne ferme pas totalement la porte au recours à la coutume par le juge. Ainsi, si l'article 22 dudit statut est consacré au principe *nullum crimen sine lege*, son article 21 ne retire pas totalement le pouvoir du juge de « pénétrer dans le territoire prohibé de la coutume »<sup>559</sup>. Il n'est en effet pas exclu que le juge pénal international, ait recours à une règle coutumière en tant que simple aide à l'interprétation d'une disposition statutaire vague. De plus, il y a toute une série de questions préliminaires à l'application de la norme pénale que le statut ne règle pas ; à l'instar de la détermination de la nationalité de l'accusé, la qualification et les effets d'une succession d'Etats sur le territoire où le crime a eu lieu, le statut de la puissance occupante, la validité ou non d'un traité invoqué par un Etat pour justifier la compétence de la CPI. Finalement, qu'on le veuille ou pas, la coutume a bien survécu à la codification du droit international pénal, et c'est bien entendu au juge qu'il reviendra de réaliser une articulation cohérente entre le droit international pénal écrit incarné par le statut de Rome, et la coutume internationale.

#### Conclusion

En guise de conclusion, nous pouvons dire que, la nécessité pour le juge pénal international de réprimer les crimes les plus atroces, l'a certainement encouragé pendant longtemps, à faire de la coutume le soubassement d'un système répressif encore balbutiant. La conception utilitariste de la coutume, qui visait d'abord et avant tout à pallier la carence des normes conventionnelles, a poussé le juge à effectuer un travail de construction des règles coutumières qui étaient censées s'imposer à tous les membres de la communauté internationale. Mais tout ceci n'est pas allé sans critiques acerbes de la part de ceux qui considéraient que, les normes non écrites n'offraient pas suffisamment de garanties en termes de prévisibilité et d'accessibilité aux accusés. Aussi, certains n'ont pas hésité à affirmer que la coutume était une remise en cause du principe de légalité cher aux pénalistes modernes. C'est pourquoi, la codification du droit international pénal matérialisée par l'adoption du statut de Rome en 1998, a semblé sonner le glas de la coutume qui avait connu son âge d'or avec les TPI ad hoc.

<sup>557</sup> Sur la question voir décision du TPIY: *Le procureur c/ Tadic*, Decision of the Trial Chamber on the Defense Motion on Jurisdiction, 10 août 1995, paragraphe 69.

<sup>558</sup> Dans l'affaire *Kupreskic*, et consorts du 14 janvier 2000, le TPIY affirme que « chaque fois qu'une règle du droit international humanitaire manque de rigueur ou de précision », le champ et l'objectif de la règle doivent être définis par rapport aux principes de la clause de Martens à savoir les usages établis entre nations civilisées, les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique .

<sup>559</sup> L. GRADONI, *ibidem*, p. 72.

# La Revue

“La Coutume”

---

Numéro 2 - mars 2013

Toutefois, il n’y a pas lieu d’être trop pessimiste sur le sort de la coutume, car les quelques lacunes décelées dans le statut de Rome, nous laissent croire que, la CPI sera certainement appelée à s’inspirer des pratiques coutumières consacrées par les TPI *ad hoc*. Il va sans dire que, pour garantir la légitimité du juge pénal international, ces pratiques coutumières devront être dans la mesure du possible, en conformité avec un droit international plus démocratique qui fait des Etats les acteurs souverains de la codification des normes internationales.

## ONCLUSION

1. Il n'est pas d'usage de conclure un ouvrage par de nouveaux développements. Le lecteur s'attend plus généralement à une synthèse ou à un élargissement. Mais l'administrativiste qui écrit ces quelques lignes après avoir parcouru le 2<sup>e</sup> numéro de *La Revue* du Cente Michel de l'Hospital, n'a pas longtemps résisté à l'envie de comparer le résultat de ces travaux à ce qu'il sait de l'utilisation de la coutume par le juge administratif.

Deux questions se sont d'elles-mêmes posées, de la même manière qu'elles ont été posées par les auteurs des contributions réunies : comment le juge administratif définit-il la coutume ? quelles fonctions lui fait-elle jouer ?

La lecture de la jurisprudence administrative permet au juriste de constater que différentes expressions sont utilisées au contentieux, tant par les requérants que par le juge lui-même, afin de faire produire à des usages ou à des règles coutumières un certain nombre d'effets de droit. C'est d'ailleurs à la partie qui invoque un usage ou une coutume de rapporter la preuve de son existence<sup>560</sup>.

Ainsi peut-on trouver dans les jugements et arrêts les termes d'usages, de coutumes, d'us et coutumes, de pratiques, de traditions, etc.

Mais ces expressions correspondent-elles réellement à des coutumes strictement entendues, c'est-à-dire à de véritables normes juridiques et non pas à de simples faits ?

Tout comme l'ont fait les auteurs dont les travaux sont ici réunis (notamment en droit commercial : **F. Garnier, J-F. Riffard, N. Gras**), il convient de s'interroger sur l'existence de coutumes en droit administratif.

### 2. Que sait-on des coutumes à la lecture de la jurisprudence administrative ?

Il est courant de définir la coutume comme une véritable règle de droit résultant de la conjonction d'un élément matériel et d'un élément psychologique. Le premier résulte de la répétition de précédents ; le second de la croyance en ce que cette pratique constitue une règle de droit. Dès lors, toute pratique ou usage à qui les acteurs de la vie administrative, administration ou usagers, n'accordent pas la valeur d'une norme, ne devrait pas être considérée comme des règles coutumières (**A. Fiorentino** a démontré que a question se pose également en droit du travail).

Il semble en aller ainsi des « simples » pratiques administratives qui consistent en l'adoption par les autorités décisionnelles de comportements stables et répétitifs qui visent à accompagner la mise en œuvre de règles écrites. Elles sont considérées par le juge administratif comme de simples faits auxquels il n'accorde pas la valeur de règle de droit. Il faut en effet considérer que la juridiction

<sup>560</sup> C.E., 27 mai 1987, N° 54169 ; C.A.A. de Marseille, 5 juillet 2004, N° 00MA01107. Il revient donc au requérant qui invoque la règle coutumière de rapporter l'existence des éléments matériels et psychologiques dont la conjonction crée la coutume. Par exemple, un requérant ne peut invoquer un usage local s'il n'établit pas que celui-ci existe de longue date : C.A.A. de Lyon, 14 février 1995, *Seibert*, p. 1093 ; Dr. adm. 1995, n° 811.

administrative tend à laisser aux autorités publiques une entière liberté dans l'appréciation des faits et des situations qu'elles ont à traiter. Dès lors, « l'administration n'est pas liée par l'attitude, même ancienne et constante, qu'elle a pu adopter »<sup>561</sup>. On en déduit aisément qu'aussi bien les agents que les administrés ne peuvent invoquer à l'encontre de l'administration les pratiques, mêmes anciennes, que cette dernière a mises en œuvre. Le juge considère alors que les autorités administratives ne commettent aucune illégalité en s'écartant d'une pratique qui était mise en œuvre depuis un certain temps. Les termes utilisés par le juge sont assez parlants et expriment parfaitement son refus de voir en ces pratiques de véritables règles de droit. Le Conseil d'État considère en effet qu'un requérant ne peut utilement se fonder « sur la violation de certains usages » pour demander l'annulation d'une décision<sup>562</sup>. En outre, il estime que les pratiques administratives ne sont pas susceptibles de créer des droits aux profits des agents ou des administrés<sup>563</sup>.

En conséquence, et si l'on nous autorise à reprendre les mots de D. Mockle, « le non-respect d'un usage ne constitue pas un cas de violation de la règle de droit »<sup>564</sup>.

**3. Mais cette définition, désormais classique, de la coutume en tant que règle de droit, ne suffit pas à correctement apprécier la diversité des coutumes dont peut être saisi le juge administratif. Il convient alors de différencier les coutumes internes et les coutumes que l'on qualifiera d'externes.**

Les premières sont issues de pratiques internes dans lesquelles les administrés, et plus particulièrement les requérants, voient des règles de droit au respect desquelles doit s'astreindre l'administration. Il s'agira par exemple d'une coutume locale permettant aux habitants d'une commune de vendre du muguet le jour du premier mai sans avoir à obtenir la moindre autorisation<sup>565</sup>. Ou encore d'une coutume locale consistant à permettre le déroulement de sonneries religieuses<sup>566</sup>. Ces exemples invitent à une nouvelle distinction au sein des coutumes internes puisque l'on peut différencier les coutumes locales (**Ph. Boucheix** a montré combien sont importantes les coutumes locales en matière de gestion de la ressource hydraulique) et les coutumes nationales. Le juge administratif a ainsi eu l'occasion de se référer à plusieurs reprises aux us et coutumes de la république française.

Les coutumes externes regroupent quant à elles des règles d'origine variées. Il convient en effet d'opposer au sein de cette catégorie les coutumes étrangères et les coutumes internationales. Alors que les premières, suivies et constituées sur le territoire et au sein de l'ordre juridique d'un autre État, peuvent être invoquées devant le juge administratif qui leur fait produire certains effets de droit, les secondes ne peuvent être utilisées au contentieux comme un moyen d'écartier les règles nationales écrites, dès lors qu'elles ne sont pas codifiées dans un texte de droit international auquel l'article 55 de la Constitution donnerait tout son effet.

#### **4. Quelles sont les fonctions que fait jouer le juge administratif à la coutume ?**

L'article d'**A. le Pommelec** invite assez naturellement à comparer l'utilisation de la coutume par le juge judiciaire et par le juge administratif.

<sup>561</sup> G. Teboul, *Usages et coutumes dans la jurisprudence administrative*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, T. 153, p.137.

<sup>562</sup> C.E., 21 mai 1920, *Jacquot*, p.543

<sup>563</sup> C.E., 3 décembre 1920, *Duquesnoy*, p. 1034.

<sup>564</sup> D. Mockle, *Recherches sur les pratiques administratives para-réglementaires*, L.G.D.J. 1984, p.45.

<sup>565</sup> T.A. d'Orléans, 22 juin 1982.

<sup>566</sup> C.E., 12 décembre 1913, N° 48336

Quel que soit le type de coutumes dont il est saisi, il est demandé au juge administratif de leur faire produire des effets de droit. Autrement dit, il lui est demandé de leur faire jouer certaines fonctions. Pour cela, il est amené à interpréter les règles coutumières qu’il décide d’appliquer (rôle longtemps joué par les commentateurs des différentes coutumes : **J. Vendrand-Voyer**). Cette interprétation est largement facilitée lorsque les usages concernés ont fait l’objet d’une codification. Il suffit alors pour le juge d’opérer une interprétation classique des textes de codification afin de faire ressortir le sens de la coutume. Les usages locaux à caractère agricole de certains départements ont ainsi été codifiés, permettant par exemple au juge administratif de définir la notion d’usoir et le régime juridique qui en découle.

Dans les autres hypothèses, il revient au juge, afin d’interpréter la coutume, d’en établir les éléments constitutifs. Il doit apprécier si les éléments matériel et psychologique propres aux règles coutumières sont bien réunis afin de pouvoir faire de l’usage une véritable règle de droit. Il le fait par exemple pour ce qui concerne les usages locaux déjà évoqués. Ainsi, pour les corridas qui ne peuvent être organisées que dans la mesure où elles correspondent, selon les termes de la loi, à « une tradition locale ininterrompue »<sup>567</sup>, le juge administratif est-il amené à déterminer ce que constitue une tradition locale ininterrompue.

Le juge administratif peut en outre être amené à procéder à une confrontation de plusieurs règles coutumières. Il vérifiera par exemple que le respect par un administré d’une coutume étrangère n’entre pas en contradiction avec le respect des us et coutumes nationaux. Ainsi, le fait de s’être marié dans un État étranger où s’applique la coutume de la polygamie ne permet pas de conclure de façon certaine qu’un administré ne respecte pas dans les faits les us et coutumes de la République française<sup>568</sup>.

Plusieurs fonctions sont attribuées à la coutume par le juge administratif. Citons-en quelques-unes.

#### 5. La coutume complétant les textes écrits

Très fréquemment, le juge administratif est amené à utiliser les règles coutumières afin de compléter les textes écrits. Plus exactement, en l’absence de normes juridiques écrites suffisamment précises, le juge va avoir recours à des coutumes afin de régler les litiges dont il est saisi. Leur fonction est alors de pallier les insuffisances de la législation. Elles vont donc s’appliquer « à défaut de précisions suffisamment explicites dans les textes »<sup>569</sup>.

L’exemple des usages locaux<sup>570</sup> permet d’illustrer cette fonction. La Cour de cassation les a définis comme des « pratiques habituellement suivies dans un milieu donné... en vertu d’une règle non exprimée s’imposant comme une règle de droit »<sup>571</sup>.

G. Teboul évoque un arrêt du Conseil d’État du 14 janvier 1927, *Sieur Martin*, dans lequel la Haute juridiction accepte de compléter des dispositions légales en recourant à des usages locaux. Alors qu’existait un fondement textuel à l’adoption d’une mesure de police par le maire de la ville de Lyon en la loi du 5 avril 1884, le juge administratif accepta de compléter cette référence en ayant recours aux usages ayant cours dans cette ville afin de confirmer la légalité de la décision adoptée par l’administration. Plus encore les usages locaux peuvent avoir pour

<sup>567</sup> En ce sens : P. Tifine, « A propos des rapports entre les usages, la coutume et la loi », R.F.D.A., 2002, p.496.

<sup>568</sup> C.E., 9 septembre 1996, N° 161280

<sup>569</sup> F. Colin, préc.

<sup>570</sup> F. Colin, « Les usages locaux, sources du droit administratif », R.F.D.A. 2007, p.466.

<sup>571</sup> Cass. civ., 12 févr. 1861, DP 1861. 1. 120.

Dans certains cas, ces usages géographiquement délimités peuvent être directement visés par des textes écrits. Dans cette hypothèse, le droit écrit est intrinsèquement complété par la règle coutumière locale et il reviendra au juge, dans l'application du texte, de se référer à l'usage ainsi évoqué. Aussi, il arrive que la loi renvoie aux usages locaux dans des hypothèses assez variées. Par exemple, l'article L. 215-5 du code de l'environnement dispose pour sa part qu'il « est pourvu au curage et à l'entretien des cours d'eau non domaniaux ainsi qu'à l'entretien des ouvrages qui s'y rattachent de la manière prescrite par les anciens règlements ou d'après les usages locaux ». De même, en vertu de l'article L. 2333-61 du code général des collectivités territoriales : « Il n'est pas dérogé aux usages locaux en vertu desquels les frais de construction des trottoirs sont, soit en totalité, soit dans une proportion supérieure à la moitié de la dépense totale, à la charge des propriétaires riverains ». Enfin, pour s'en tenir à ces quelques exemples<sup>572</sup>, l'article L. 2333-63 du code général des collectivités territoriales prévoit que « dans les communes où, conformément aux usages locaux, le pavage de tout ou partie des rues est à la charge des propriétaires riverains, l'obligation qui en résulte pour les frais de premier établissement ou d'entretien peut, en vertu d'une délibération du conseil municipal et sur un tarif voté par cette assemblée, être convertie en une taxe recouvrée comme en matière d'impôts directs ».

#### 6. La coutume au soutien des règles de droit

Les coutumes internes peuvent être utilisées par le juge administratif pour pallier l'absence de faits contrôlables lors de l'instance ou l'absence de preuves disponibles. On en trouve des exemples éclairants lorsque l'on étudie le contentieux de la délimitation territoriale des collectivités territoriales. Ainsi, dans un arrêt du 16 novembre 1984<sup>573</sup>, le Conseil d'État juge-t-il qu'en raison de la disparition des bâtiments ayant servi de repères pour la délimitation du territoire d'une commune, il convenait de se référer aux usages et coutumes. Ces derniers résultent selon la Haute juridiction « de la référence constante et conjointe de part et d'autre aux limites reportées sur les documents cadastraux »<sup>574</sup>.

Il convient de rapprocher cette solution d'une jurisprudence ancienne et constante selon laquelle, lors la détermination du territoire d'une collectivité territoriale, à défaut de titres existants, il revient à l'autorité administrative ou au juge le cas échéant de se référer aux « usages et convenances »<sup>575</sup>. De manière plus générale, les règles coutumières peuvent être utilisées devant le juge administratif afin d'établir la situation d'un requérant. Elles constituent alors un mode de preuve recevable<sup>576</sup>.

Les coutumes peuvent en outre être utilisés comme un outil de qualification juridique des faits que l'administration doit assurer afin de faire application d'un régime juridique déterminé. Le juge administratif en assure donc le contrôle. Par exemple, afin de déterminer si un administré n'est pas frappé « d'indignité ou de défaut d'assimilation » en vue d'être réintégré dans la nationalité française, le Conseil d'État va vérifier si l'intéressé s'est bien comporté conformément aux « us et coutumes de la République française »<sup>577</sup>.

L'aide qu'apportent les usages ou coutumes dans l'opération de qualification juridique des faits

<sup>572</sup> Pour une étude plus approfondie, assortie de nombreux exemples : F. Colin, préc.

<sup>573</sup> C.E., 16 novembre 1984, N° 42705

<sup>574</sup> C.E., 11 juillet 2001, N° 202837

<sup>575</sup> C.E., 17 mai 1940, *Commune de Bermont*, p.168

<sup>576</sup> C.A.A. de Versailles, 29 septembre 2006, N° 05VE00947

<sup>577</sup> C.E., 9 septembre 1996, N° 161280

soumis à l'examen du juge se manifeste également dans des hypothèses où celui-ci est amené à prendre en considération des coutumes étrangères. Par exemple, dès lors qu'un requérant invoque, avec une précision suffisante, une coutume étrangère à laquelle il serait soumis dans son pays d'origine, le juge administratif peut s'en servir pour contrôler la qualification de réfugié qu'a opéré l'administration au regard de la convention de Genève du 28 juillet 1951<sup>578</sup>. Un même raisonnement est utilisé pour déterminer si un ressortissant étranger sous le coup d'une reconduite à la frontière peut bénéficier de la protection que lui offre l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme<sup>579</sup>.

Une telle jurisprudence permet de se rendre compte combien l'invocation d'une coutume par un requérant peut lui permettre de bénéficier d'un droit ou d'un statut particulier.

Dès lors, la violation par l'administration de la coutume qu'observe un requérant peut, selon la jurisprudence administrative, causer un préjudice moral ou matériel qui sera indemnisable à compter du moment où la coutume est suffisamment établie<sup>580</sup>.

Néanmoins, il est beaucoup plus difficile pour le requérant de faire jouer à la coutume un effet exonératoire afin de se soustraire à une obligation légale ou réglementaire. D'une part, le juge est assez rétif à l'idée qu'une coutume, aussi bien établie soit-elle, puisse permettre de déroger à des dispositions écrites. D'autre part, bien souvent les requérants n'apportent pas les éléments suffisants pour établir l'existence d'une coutume. Par exemple, le juge administratif a pu considérer que l'invocation d'une « prétendue » coutume ne permettait pas de se soustraire à l'obligation à laquelle est soumis l'occupant privatif du domaine public de bénéficier d'un titre d'occupation<sup>581</sup>.

#### **7. La coutume et l'exercice des compétences de l'administration**

La coutume peut tantôt constituer un titre de compétence pour l'administration, tantôt constituer une limite à l'exercice des compétences administratives.

**8.** La jurisprudence administrative considère qu'une coutume est de nature à motiver une décision administrative dès lors que celle-ci n'est contraire à aucun principe d'ordre public. Ainsi, dans la gestion de son domaine, une commune peut-elle décider d'adopter une décision en se référant uniquement à une coutume locale<sup>582</sup>. Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État a jugé, à propos d'un usage lyonnais selon lequel les propriétaires d'immeubles ont la charge de réaliser le ramonage des cheminées, qu'en vertu de cette pratique, le maire de la ville avait pu légalement leur imposer de réaliser une telle opération<sup>583</sup>.

**9.** Inversement, la référence aux usages permet parfois de déroger aux obligations générales qui s'imposent en principe aux autorités administratives et qui résultent de règles écrites. Deux hypothèses peuvent se présenter.

Dans certains cas, l'existence de règles coutumières autorise l'administration à ne pas exercer sa compétence. Il a été ainsi jugé par le Conseil d'État dans une affaire où le maire d'une commune

<sup>578</sup> C.E., 12 janvier 2007, N° 267180. Il s'agissait en l'espèce d'une « coutume ancestrale » de scarification des jeunes filles.

<sup>579</sup> *a contrario* : C.E., 25 mai 2005, N° 271158

<sup>580</sup> C.A.A. de Bordeaux, 1<sup>er</sup> avril 2008, N° 06BX01221 ; *a contrario* C.A.A. de Nancy, 2 août 2007, N°06NC00959

<sup>581</sup> C.A.A. de Marseille, 8 novembre 2004, N° 02MA01786

<sup>582</sup> C.A.A. de Lyon, 6 avril 2006, N° 03LY02022

<sup>583</sup> C.E., 14 janvier 1927, *Sieur Martin*, p.45.

bretonne, bien que n’ayant pas assuré la sécurité des passages sur la voie publique par l’adoption d’une réglementation adéquate comme l’exigent les textes en vigueur, n’avait pas commis de faute dans la mesure où, en l’espèce, l’usage d’armes à feu durant les mariages constituaient une tradition dans certaines communes du Morbihan<sup>584</sup>. De même, le maire d’une commune peut refuser d’user de son pouvoir de réglementer la vente du muguet le 1<sup>er</sup> mai dans la mesure où cette activité traditionnelle bénéficie d’une tolérance établie par la coutume<sup>585</sup>.

Dans d’autres cas, l’existence d’une coutume empêche l’autorité administrative d’exercer ses compétences. L’exemple de la réglementation des sonneries de cloches l’illustre assez bien. Il a en effet été jugé que le maire d’une commune ne pouvait pas remplacer une sonnerie religieuse coutumière par une sonnerie civile<sup>586</sup> ou encore qu’un maire ne pouvait autoriser l’utilisation des cloches d’une église pour les mariages civils en l’absence d’usage local dans la commune<sup>587</sup>. On peut citer dans le même sens la jurisprudence en vertu de laquelle l’autorité de police ne peut user de ses compétences pour interdire des habitudes et traditions locales sans qu’aucune menace pour l’ordre public ne soit établie<sup>588</sup>.

Le domaine des usoirs permet également d’illustrer cette hypothèse. Le Tribunal administratif de Strasbourg<sup>589</sup> a jugé que « si le conseil municipal, sur le fondement de ses pouvoirs de gestion du domaine privé communal, et le maire, sur le fondement de ses pouvoirs de police, disposent d’un pouvoir résiduel d’intervention sur ces usoirs, ces pouvoirs ne sauraient les autoriser à déroger aux règles coutumières d’usage de ces usoirs telles que codifiées ».

On notera toutefois que, dans d’autres hypothèses, le juge administratif se refuse à faire jouer à la coutume ce genre de rôle. Il juge ainsi que la seule référence à une coutume étrangère ne suffit pas à écarter l’application d’un acte administratif tant que le caractère frauduleux de ce dernier n’a pas été prouvé<sup>590</sup>. De même juge-t-il que les droits coutumiers reconnus au riverain sur un usoir n’empêchent pas de le qualifier de dépendance du domaine public dès lors que la circulation reste ouverte aux usagers de la voie publique<sup>591</sup>. Dans la plupart des cas, on doit noter que la seule référence à une coutume locale ne permet pas de contester la méthode employée par l’administration<sup>592</sup>. La force probante de la coutume n’est ainsi pas suffisante, et doit être complétée par d’autres formes de preuves. Ceci étant, quelques arrêts ont pu retenir, pour sanctionner une décision administrative, que la méthode employée par l’administration, notamment pour notifier un acte à son destinataire, n’avait pas respecté les us et coutumes en vigueur<sup>593</sup>.

## 10. Véritable conclusion

Ces quelques réflexions, à la fois trop courtes et trop longues, n’ont pu être formulées qu’à la lumière des diverses contributions qui sont réunies dans cet ouvrage. Elles constituent un précieux outil de travail pour le juriste désireux de confronter sa discipline aux autres disciplines juridiques.

<sup>584</sup> C.E., 9 juillet 1982, *Commune d’Ouroux-en-Morvan*, N° 33778

<sup>585</sup> T.A. d’Orléans, 22 juin 1982,

<sup>586</sup> C.E., 12 décembre 1913, N° 48336

<sup>587</sup> C.E., 5 août 1908, *Braux et autres*, p. 867, concl. Saint-Paul.

<sup>588</sup> C.E., 15 avril 1910, N° 35559

<sup>589</sup> T.A. de Strasbourg, 7 septembre 1993, *Vagost*.

<sup>590</sup> C.E., 18 décembre 2009, *Mme Dally A*, N° 318594

<sup>591</sup> T.C., 22 septembre 2003, N° C3369

<sup>592</sup> C.A.A. de Lyon, 17 novembre 1994, N° 94LY00310

<sup>593</sup> C.A.A. de Paris, 2 mars 2006, N° 05PA03647

# La Revue

“La Coutume”

---

## Numéro 2 - mars 2013

D'autres travaux de ce type sont prévus à l'avenir, visant à analyser sous tous les angles, dans diverses disciplines juridiques, un objet juridique identifié en vue de faire ressortir convergences et divergences de points de vue. Les résultats, s'ils sont intéressants, donneront lieu à un nouveau numéro de la *Revue*.

**CAD**



## Table des matières

**INTRODUCTION ..... p. 4**

**Charles-André DUBREUIL,**

*Professeur de droit public, Directeur du Centre Michel de l'Hospital EA 4232*

### I - Fonction et force obligatoire de la coutume

**LA COUTUME ET LES USAGES EN DROIT COMMERCIAL A LA FIN XIX<sup>e</sup> SIECLE ET AU DEBUT XX<sup>e</sup> SIECLE. UNE DISTINCTION SOUS INFLUENCE. .... p. 5**

**Florent GARNIER,**

*Professeur d'histoire du droit*

I – Assimilation

II – Distinction

**LA COUTUME DANS L'EMPIRE ROMAIN TARDIF. .... p. 20**

**Aude LAQUERRIERE-LACROIX,**

*Professeur d'histoire du droit*

I - La spécificité de la coutume en droit romain tardif

II - Les fondements de l'autorité de la coutume en droit romain tardif

**REFLEXIONS SUR QUELQUES PROBABLES SOURCES COUTUMIERES DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT. .... p. 29**

**Philippe BOUCHEIX,**

*Maître de conférences de droit public*

I - En droit international et droit comparé

A - Des origines assez variées

B - Panorama actuel

II - En droit interne

A - Des références expresses à des coutumes

1) Sous l'Ancien Régime

2) Epoque contemporaine

- B - Des coutumes codifiées
- 1) En droit rural
- 2) Dans le domaine de l'eau

#### **L'USAGE EN DROIT DU TRAVAIL. .... p. 37**

**Allison FIORENTINO,**

*Maître de conférences de droit privé*

Introduction

I - L'existence de l'usage

A - Naissance de l'usage

- 1) L'élément matériel : constance, généralité et fixité
- 2) L'élément psychologique : indispensable critère ou vain débat doctrinal ?

B - La disparition de l'usage

- 1) La suppression de l'usage par une convention collective
- 2) La dénonciation de l'usage d'entreprise

II - La place de l'usage en droit du travail

A - Exemples d'utilisation de l'usage en droit du travail

- 1) Les usages professionnels
- 2) Les usages d'entreprise

B - Les rapports de l'usage avec les autres sources

- 1) L'usage : réellement supplétif de volonté ou nécessairement favorable au salarié ?
- 2) L'usage : un élément non-contractualisé de la relation de travail

#### **A LA RECHERCHE DE LA COUTUME EN DROIT COMMERCIAL... .... p. 69**

**Jean-François RIFFARD,**

*Maître de conférences de droit privé*

I – La coutume commerciale : une réalité cachant son nom ?

A – Etiquette et substance

B – Diversités substantielles et terminologiques

II – Le mode de production des usages de droit

A - L'usage de droit consacré par le juge : laisser le temps au temps...

B - L'usage de droit créé spontanément par la pratique : de faux usages de droit ?

III – La force des usages dans le cadre du litige

A – L'applicabilité directe des usages

B – L'usage de droit : une norme à usage réservé

#### **PERSISTANCE DE LA COUTUME EN DROIT CIVIL (UN PARALLELE AVEC LE DROIT COMMERCIAL). .... p. 82**

**Nicolas GRAS,**

*doctorant en droit privé, ED 245*

I – L'influence de la coutume dans l'élaboration du Code civil

A - Le choix des rédacteurs

B - La perception de la coutume par les auteurs du XIXe siècle

II - L'influence de la coutume en dehors du Code civil

A - Les renvois législatifs à la coutume

B - L'autonomie de la coutume

## II - L'appréciation de la coutume : le rôle du juge et du commentateur

### **LE COMMENTAIRE DE COUTUMES : ROLE ET PORTEE.**

**(L'EXEMPLE DE L'Auvergne, XVI<sup>e</sup> – XVIII<sup>e</sup> SIECLES). ..... p. 101**

**Jacqueline VENDRAND-VOYER,**

*Professeur émérite d'histoire du droit*

- I - Un outil de travail conçu et utilisé par la pratique
- A - Comprendre, expliquer, proposer
- B - Transmettre un savoir coutumier
- II - L'expression affirmée d'un particularisme juridique
- A - « Esprit de la coutume » et droit supplétoire
- B - Mémoire et tradition

### **LA COUTUME : UNE REFERENCE "AMBIGUË" EN DROIT CIVIL POUR LE JUGE JUDICIAIRE. .... p. 109**

**Alain LE POMMELEC,**

*Maître de conférences de droit privé*

- I - Pourquoi la coutume demeure-t-elle une référence ambiguë pour le juge judiciaire ?
- A - Un concept protéiforme
- B - Un domaine d'application très limité
- II - Les réponses du juge judiciaire aux ambiguïtés de la coutume
- A - Une application empirique
- B - Le rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation

### **LE JUGE PENAL INTERNATIONAL ET LA COUTUME INTERNATIONALE. .... p. 127**

**Herman Blaise NGAMENI,**

*doctorant en droit public, ED 245*

- I - Le juge pénal international promoteur de la coutume comme socle d'un système répressif en construction
- A - La conception utilitariste de la coutume du juge pénal international
- B - L'émergence du juge pénal international comme constructeur du puzzle coutumier
- II - Le juge pénal international conciliateur de la coutume avec les grands principes du droit pénal classique
- A - La tentative de détermination de l'accessibilité et de la prévisibilité de la coutume par le juge pénal international
- B - L'articulation difficile de la coutume avec le principe de légalité par le juge pénal international

### **CONCLUSION ..... p. 139**