HAL
open science

Le fondement de la force des usages

Aurélie Brès

To cite this version:

Aurélie Brès. Le fondement de la force des usages. Actualité juridique Contrats d'affaires : concurrence, distribution, 2018, août septembre 2018, pp.352-356. hal-01930886

HAL Id: hal-01930886

https://hal.science/hal-01930886

Submitted on 21 Jan 2020

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

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

LE FONDEMENT DE LA FORCE DES USAGES

Aurélie Brès
Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Montpellier, Centre du Droit de l'entreprise, Université de Montpellier

1- Le terme d'usage est couramment utilisé pour désigner tout autant la norme issue d'un comportement répété, que le comportement même qui y donne naissance[1]. S'il semble ici préférable de l'appliquer à la norme issue de la réitération d'une pratique plutôt qu'à la pratique elle-même, la question de l'existence de l'usage pose à la fois celle de sa nature, de son identité comme norme, et celle de sa source, autrement dit de la pratique à l'origine de cette norme.

L'usage compris en tant que norme trouve sa source dans l'observation généralisée et constante d'une pratique sur un territoire donné et dans un cadre particulier, comme une activité économique ou privée, une profession ou un groupe de personnes, en raison de l'adéquation particulière de cette pratique aux besoins qui s'expriment dans ce cadre, ou de sa conformité à des valeurs communes. La tendance à la généralisation d'une pratique peut notamment être fonction de l'utilité que celle-ci présente et de la forme qu'elle prend, laquelle peut rendre plus ou moins facile son identification et sa reproduction. La cohésion d'un groupe, son caractère restreint et sa spécificité par rapport aux autres, peuvent également favoriser la généralisation d'un comportement donné. L'ancienneté de la pratique, la fréquence et la constance de sa réitération encouragent ensuite souvent encore davantage son observation. Le fait que ce comportement ne heurte pas la morale et qu'il ne crée pas de déséquilibre préjudiciable dans les relations entre les sujets de droit concernés contribue à sa pérennité. Comme cela a déjà été souligné[2], certaines sources de Droit semblent se développer de manière privilégiée au sein de branches du Droit particulières. Le Droit serait ainsi majoritairement de source étatique lorsque son application mettrait en jeu des prérogatives régaliennes, des droits et libertés fondamentaux protégés par l'Etat, ou supposerait le recours à la force publique et aux juridictions étatiques. Il en serait de même lorsque l'existence de rapports de force très déséquilibrés aurait conduit les pouvoirs publics à multiplier les règles protectrices de la partie faible. D'autres branches du Droit seraient en revanche plus sensibles à l'influence de la pratique, en raison de la faiblesse de la réglementation d'origine étatique, de son incapacité à appréhender une réalité trop technique ou en constante évolution, ou du fait de l'existence de rapports de force plus équilibrés

1 Sur le caractère polysémique des termes désignant les sources du droit, et not. du terme "coutume" ou "doctrine", renvoyant à la fois à "*ce qui est créé*" et "*ce qui crée*", C. Thibierge, *Sources du droit, sources de droit : une cartographie*, Mélanges Jestaz, Dalloz 2006, p. 519 s., spéc. p. 529.

2 C. Thibierge, *Rapport de synthèse*, in *La force normative*, spéc. p. 520, LGDJ 2009.

permettant une auto-régulation des comportements[3].

2- L'usage issu de la répétition généralisée d'une pratique correspond à une notion juridique spécifique dont il convient de préciser l'originalité, afin d'identifier les modalités de caractérisation d'un usage, en tant que norme. Si les usages sont aujourd'hui généralement rangés dans la catégorie des manifestations de Droit spontané[4], marquant l'abandon progressif d'une conception purement étatiste et légaliste du Droit[5], les conceptions doctrinales demeurent divergentes concernant la nature de leurs éléments constitutifs, l'intensité et le fondement de leur effet juridique. Parce qu'ils sont comme elle issus de la répétition de comportements dans le temps, les usages sont souvent définis par référence à la coutume. Pour de nombreux auteurs, les usages se distingueraient ainsi de la coutume par l'absence d'effet contraignant qui leur est attaché, tandis que la coutume relèverait des normes obligatoires juridiquement sanctionnées. La coutume supposerait un "long et constant usage", ainsi que la "conviction d'une sanction juridique". L'usage est parfois perçu comme un simple fait social, qui n'accéderait au rang de norme juridique qu'à l'occasion d'une consécration législative[6] ou jurisprudentielle[7], mais il perdrait alors sa nature propre pour se confondre avec la source de droit qui l'a reconnu[8], encore qu'une survie parallèle de l'usage en tant que norme[9] en dehors de l'instrument de son assimilation est parfois envisagée[10]. D'autres en revanche considèrent que la coutume présente simplement la caractéristique d'être plus générale que les usages, cantonnés à des secteurs géographiques ou professionnels particuliers[11], identifiant ainsi simplement une différence de degré ou de portée entre la coutume et les usages.

3- Le classement des usages parmi les normes juridiques semble justifié devant le constat de la

---

3 L'intervention étatique semble cependant rarement à même d'empêcher complètement l'émergence et la généralisation de pratiques donnant naissance à des usages, quelle que soit son intensité. Par ex. sur la référence aux usages en matière fiscale, L. Chatain, *Usages et évaluation en matière fiscale*, JCP E 2017 n° 19, 1253, citant CE, 23 déc 2016, n° 391974.

4 P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica 2002 ; P. Dubouchet, *Le droit spontané au 20e siècle*, L'Hermès 2002.

5 Pour un ex., J.-M. Péritch, *Quelques observations sur le problème des sources du Droit et la fonction de la loi*, in *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, Sirey 1934, p. 227 s., spéc. p.229.

6 J.-M. Péritch, préc., spéc. p. 233.

7 M. Pédamon, *Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ?*, RTD com. 1959, p. 335 s.

8 F. Zenati-Castaing, *Le Code civil et la coutume*, Mélanges Jestaz, Dalloz 2006, p. 607 s., spéc. p. 616 : "*Ce n'est plus en couume que se transforme l'usage par l'approbation judiciaire, puis par la ratification du prince, mais bien en loi*" ; J. Vanderlinden, *Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse*, RTD civ. 1995. 69 ; Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz, 2e éd. 2015, p. 143, qui estime que "*l'incorporation de la coutume dans une loi lui ôte sa nature première pour en faire simplement une règle légale d'origine coutumière*", mais qu'un tel pouvoir d'incorporer une source n'appartient qu'au législateur, et non au juge.

9 Et pas seulement une survie du contenu de l'usage.

10 CJUE, 21 déc. 2011, n° C-366/10, pt. 119, considérant qu'un *"principe de droit international coutumier a une existence autonome, à côté des accords internationaux dans lesquels il est codifié*".

11 P. Deumier, préc., n° 205.

force normative[12] de certaines pratiques[13]. La méconnaissance de nombreux usages se trouve judiciairement sanctionnée, même en l'absence de renvoi législatif ou de stipulation les intégrant au champ contractuel[14]. Les usages peuvent mettre des devoirs à la charge des professionnels d'un secteur d'activité[15], ou même fixer de véritables prescriptions[16].

L'effet juridique d'une norme ne se réduit toutefois pas à son effet contraignant, mais se manifeste également quand celle-ci sert de référence lors de l'interprétation d'une convention, de l'évaluation d'un bien[17], d'un comportement[18], ou d'une rémunération[19], ou encore lorsqu'elle permet d'être dispensé d'apporter une preuve littérale[20], par exemple. Dans cette optique, l'usage semble se caractériser par la variété de ses effets juridiques[21]. Lorsque la référence à l'usage ne présente qu'un caractère facultatif, la pratique n'en conserve pas moins un caractère normatif, dès lors qu'elle est susceptible de moduler les comportements ou de servir de référence pour les apprécier. La force normative a ainsi pu être définie, non seulement comme la force contraignante d'une norme, mais encore comme une force de référence, donnant à la norme la force d'un modèle, qui ne serait pas nécessairement obligatoire pour ses destinataires[22]. Si la force normative d'une norme s'apprécie notamment au regard de la conformité à cette norme des comportements qu'elle est supposée orienter[23], une telle qualité doit être reconnue aux usages, qui induisent précisément une répétition de comportements. La production d'effets juridiques constitue ainsi un critère déterminant

12 Sur ce concept, *La force normative : naissance d'un concept*, dir. C. Thibierge, préc.

13V. N. Martial-Braz, in *Les mutations de la norme*, Economica 2011, p. 1 s., spéc. p. 17, envisageant la possibilité qu'une norme "*qui ne serait pas nécessairement le fait d'une autorité légitime puisse néanmoins être intrinsèquement pourvue d'une force normative*".

14 En ce sens, Com. 7 févr. 2012, n° 10-27716, considérant que "*le silence du contrat sur les tolérances n'exclut pas celles qui sont conformes aux normes usuelles*" ; CA Paris, 2 déc. 2008, n° 06/13352, jugeant que "*la société intimée est donc fondée à se prévaloir des usages du courtage, dès lors qu'une affaire a été présentée à un assureur par un courtier*".

15 CA Paris, 9 janv. 2015, n° 12/17974, sur l'usage de respecter une phase de prise de connaissance pour les prestations informatiques dites "de Tierce Maintenance Applicative".

16 Comme l'obligation d'assurance des marchandises par le dépositaire posée par le Code des usages de la Bijouterie-Horlogerie-Joaillerie.

17 Par ex. pour l'évaluation de la valeur locative d'un local commercial (CA Aix-en-Provence, 7 sept. 2017, nº 16/13151) ou du montant d'une indemnité d'éviction (CA Nîmes, 1er déc. 2016, nº 15/01581).

18 Les agissements constitutifs de concurrence déloyale sont ainsi fréquemment caractérisés à travers leur non-conformité aux usages du commerce (CA Douai, 21 déc. 2017, nº 16/05934). De même, le caractère brutal de la rupture d'une relation commerciale établie reste souvent évalué au regard des délais de préavis en usage dans le secteur d'activité concerné (CA Paris 22 déc. 2017, nº 14/19086).

19 Sur la fixation selon les usages des honoraires des avocats (CA Lyon, 24 janv. 2017, n° 16/06607) ou des architectes (CA Chambery, 5 sept. 2017, nº 16/00231).

20 Sur l'usage de conclure les ventes verbalement dans les ventes d'aliments pour le bétail : CA Amiens, 31 janv. 2017, n° 15/01092 ; CA Rennes, 2 sept. 2016 n° 13/04262.

21 Sur la diversité et l'étendue des effets juridiques des usages, *Les usages : l'autre Droit de l'entreprise*, dir. P. Mousseron, LexisNexis 2014, spéc. p. 92 s., n° 264 s.

22 C. Thibierge, *Rapport de synthèse*, in *La force normative*, préc., spéc. p. 754 s.

23 C. Chatelin-Ertur et S. Onnée, *Des forces normatives des codes de gouvernance des entreprises*, in *La force normative*, p. 649 s. Pour une approche fonctionnelle des "petites" sources du Droit, v. S. Gerry-Vernières, *Les "petites" sources du droit*, Economica, 2012, spéc. p. 203 s.

permettant d'identifier les usages, et de les différencier des pratiques non normatives[24]. Le fait que l'usage ne soit pas toujours contraignant le distingue d'autre part de la coutume, qui s'impose de manière obligatoire.

4- **Les conditions écartées.** Parce que les usages participeraient du phénomène coutumier, des fondements similaires leur ont souvent été attribués, variant au gré des conceptions doctrinales. L'approche du fondement de la normativité de la coutume a en effet évolué au fil des siècles[25]. Alors que le Droit romain voyait dans la norme coutumière une forme particulière de loi, considérant que l'observation uniforme de la coutume par les citoyens traduisait l'existence entre ces derniers d'une convention tacite, cette conception avait été abandonnée au Moyen-Age, à une époque où le morcellement de la société rendait peu probable l'hypothèse d'une convention passée entre les individus aux statuts disparates qui la composaient. La thèse d'une ratification tacite de la coutume par l'Etat avait alors été privilégiée pour expliquer la force juridique reconnue à la coutume. Le rattachement de la normativité de la coutume à la croyance populaire dans le caractère obligatoire de la coutume, amorcé par Aubry et Rau et réalisé par Gény[26], a ensuite reçu les faveurs de la doctrine, pour devenir l'explication la plus courante de ce processus. L'analyse ne fait toutefois pas l'unanimité, certains considérant que la coutume ne peut tirer sa juridicité que de la sanction d'une autorité[27], la loi ou la jurisprudence[28]. D'autres se prononcent pour un abandon de l'*opinio juris* comme condition de reconnaissance de la coutume par les juridictions, et pour une prise en compte des seules pratiques passées, en tout cas dans le cadre du Droit international[29].

5- En dépit de la proximité de nature entre la coutume et les usages, de tels fondements ne semblent pas propres à fonder la normativité des usages.

Il est d'abord généralement tenu pour acquis que cette force normative ne réside pas dans la conviction du caractère obligatoire de la règle puisque les usages n'ont pas toujours un caractère contraignant[30]. La conception selon laquelle les usages ne prendraient force normative qu'en cas de

24 En ce sens, P. Mousseron, préc., p. 4, n° 8 : "*Pour constituer un usage, le comportement doit à lui seul, ou associé à la responsabilité civile, suffire à produire un effet juridique*".

25 Sur la question, F. Zenati-Castaing, préc. ; A. Leca, *La genèse du Droit*, PUAM 2000, p. 93 s.

26 F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, LGDJ, 1954 ; *François Gény, Mythe et réalités*, dir. C. Thomasset, Dalloz 2000, spéc. p. 237 s.

27 M. Pédamon, préc., estimant qu'une "*pratique générale, constante, ne peut atteindre par elle-même cette force contraignante qui est la marque de la règle juridique. Elle a besoin de la sanction d'une autorité*", car le Droit "*est imposé du dehors, il émane d'un pouvoir*".

28 E. Lambert, *Etudes de droit commun législatif*, t. I, Giard et Brière, 1903 ; M. Pédamon, préc. Plus récemment, X. Près, *Les sources complémentaires du droit d'auteur français*, PUAM 2004.

29 J. Yoo et I. Stradner, *Customary International Law*, in *Customary Law Today*, dir. L. Mayali et P. Mousseron, Springer, juin 2018, estimant qu'il convient de se référer aux seules pratiques étatiques passées.

30 La présence ou l'absence de l'*opinio juris* comprise comme le sentiment général de nécessité juridique constituait même selon Gény le critère de distinction entre la coutume et les usages.

renvoi exprès par le législateur paraît également difficile à admettre compte tenu de l'imprécision ordinaire d'un tel renvoi, la loi donnant rarement une définition de l'usage qu'elle vise, et n'en saisissant presque jamais le contenu. En tout état de cause, le fondement de la délégation législative expresse échouerait à expliquer l'effet juridique de tous les usages, dans la mesure où les hypothèses de renvoi aux usages par le législateur restent en nombre limité et ne couvrent pas l'ensemble des usages existants. La thèse d'une normativité fondée sur une tolérance tacite du législateur semble également devoir être écartée, dans la mesure où les pratiques concernées se forment et surtout développent leurs effets juridiques de manière autonome, sans que leur existence soit systématiquement envisagée par le législateur, ou le cas échéant, avant qu'elle ne le soit. Ainsi, même dans les secteurs d'activité qui restent largement régis par les usages, la tolérance législative ne s'est manifestée qu'*a posteriori*, alors que l'observation régulière des usages modulait déjà les comportements juridiques, déployant ainsi des effets normatifs, du moins si l'on consent à retenir de la normativité une conception élargie.

6- A ce titre, la normativité des usages ne saurait pas non plus être recherchée dans l'approbation judiciaire[31], dès lors que celle-ci n'est qu'occasionnelle et ne fait qu'appréhender une réalité qui existe en dehors d'elle, non pas simplement comme fait social, mais en tant que norme. Le juge ne décide ainsi de l'application d'un usage que dans le cadre d'un litige particulier, cependant que cet usage est déjà régulièrement suivi par ailleurs dans un domaine d'activité donné. Il est vrai que l'existence et l'importance des décisions judiciaires faisant application d'un usage spécifique contribuent à asseoir son autorité, et qu'à l'inverse, la condamnation jurisprudentielle régulière d'un usage, tout comme l'adoption d'une loi l'interdisant, peut conduire à en décourager l'observation. Cependant, au-delà du fait qu'une telle influence n'est pas systématique, comme le montre la persistance d'usages *contra legem ou* judiciairement condamnés, un tel constat ne permet pas d'affirmer que la normativité originaire de l'usage est subordonnée à sa réception par une autre norme ou au fait que celle-ci l'autorise implicitement. L'évaluation de l'usage par une autre norme, en particulier lorsque celle-ci est dotée d'une force supérieure, peut effectivement renforcer ou faire cesser ses effets juridiques, mais elle n'efface pas la réalité de la normativité initiale de l'usage. Si elle est souvent souhaitable[32], l'appréciation de la pertinence des usages par le juge ou le législateur intervient en second lieu. Enfin, l'effet juridique des usages en dehors d'un cadre contractuel met à

31 En ce sens, J. Vanderlinden, préc., qui réfute l'idée selon laquelle la nécessité d'une consécration jurisprudentielle de la coutume serait de nature à priver celle-ci de son autonomie, relevant que l'intervention judiciaire module tout autant l'application et l'interprétation de la loi : "*le droit ne deviendrait réalité qu'au moment où il serait effectivement appliqué par le juge*".

32 Bien qu'en tant que normes d'origine collective et non-étatique, les usages soient marqués par une grande adaptabilité et adéquation aux besoins de la pratique, ils peuvent par exemple traduire des rapports de force de nature à porter atteinte aux règles de droit objectif ou à des droits subjectifs reconnus. Sur l'opportunité de la reconnaissance des usages, P. Mousseron, préc., n° 49 s., p. 19 s., et spéc. n° 67 s.

mal la théorie classique de l'usage conventionnel[33].

7- **Les conditions proposées.** Le fondement juridique de la normativité des usages semble devoir être recherché dans le cadre de son processus de formation. Le fait que les usages disposent en principe d'un champ d'application plus limité que la coutume interdit en effet seulement de considérer qu'ils trouvent leur force normative dans une convention implicite de l'ensemble des citoyens, mais n'exclut pas que leur caractère normatif puisse reposer sur l'acceptation tacite des solutions qu'ils contiennent par les individus relevant de leur champ d'application territorial et matériel. La constance dans l'observation d'un usage au sein d'un secteur d'activité donné montrerait que les sujets de Droit concernés ont accepté de se soumettre à une pratique particulière, participant ainsi progressivement à sa transformation en usage et à la création d'une norme[34].

L'intention prêtée à un individu particulier de se conformer à un usage régulièrement observé dans le domaine d'activité ou le secteur géographique dont il relève ne serait démentie que par l'expression d'une volonté contraire, comme lorsqu'il s'agit d'écarter l'application d'une loi supplétive. Une force normative optionnelle, suivant le concept dégagé par un auteur[35], serait ainsi attachée aux usages ; leur force juridique serait subordonnée à une option exercée par le sujet de Droit, entre le choix d'exclure l'application de l'usage, et le choix de ne pas l'exclure. Dans cette analyse, la recherche du fondement de la normativité de l'usage se heurte à la difficulté de déterminer si la force de l'usage réside dans l'usage lui-même, en ce qu'il laisse une option à son destinataire, ou bien si elle lui est seulement conférée par le choix du sujet de Droit de ne pas exclure son application[36], auquel cas il conviendrait de considérer que la normativité de l'usage a sa source dans la volonté individuelle ou dans l'accord des parties, selon le cas. En faveur de la première position, il est possible de noter par analogie que la normativité des lois supplétives n'est pas recherchée dans la volonté des parties, bien qu'elles ne s'appliquent qu'à défaut de volonté contraire. Il convient surtout de souligner que l'application de certains usages n'est pas soumise à l'expression de la volonté du sujet de Droit concerné, laquelle se révèle au contraire impuissante à

33 Pour une présentation et une discussion de la distinction entre usages conventionnels et usages de droit, M. Salah M. Mahmoud, Rép. com. Dalloz, V° *Usages commerciaux,* sept. 2011 ; sur les usages conventionnels v. aussi A. Kassis, *Théorie générale de l'usage de commerce*, LGDJ, 1984.

34 En ce sens, CA Montpellier, 18 mai 2010, n° 09/04727, déclarant que "*l'usage commercial résulte de l'existence d'une pratique, constante et ininterrompue, acceptée et suivie par une catégorie de professionnels déterminée, qui lui reconnaissent la valeur d'une règle de droit*". Ce processus de formation garantissait pour certains la qualité et le raffinement des usages, comme l'explique A. Leca, préc., spéc. p. 82 s.

35 P. Deumier, *La force normative optionnelle*, in *La force normative*, préc., p. 165 s., expliquant que l'option peut, suivant les cas, prendre la forme d'une acceptation ou d'une non-exclusion, et que si de nombreuses règles professionnelles ne sont applicables qu'après que les parties ont manifesté l'intention de s'y soumettre, elles sont applicables à défaut de choix contraire lorsqu'à force de répétition, elles deviennent la règle du secteur.

36 P. Deumier, *La force normative optionnelle*, préc., qui se demande quelle est la valeur de la norme dans l'attente de cette option, et si la source de la force obligatoire se loge dans la norme qui met sa force à la disposition des parties ou dans l'option qui rend la norme applicable. L'auteur conclut que les normes s'appliquant comme modèle à défaut ont une normativité propre, mais doivent avoir été désignées comme telles par l'ordre juridique.

les évincer[37].

8- La difficulté de trouver un fondement commun à la force normative variable des différents usages semble en réalité tenir au fait que la normativité des usages s'exprime souvent en deux étapes.

L'usage trouve dans un premier temps sa force normative dans la volonté collective[38] des sujets de Droit de mettre en oeuvre la pratique qu'il systématise[39]. Les usages ont ainsi pu être définis comme "*les pratiques qui, en raison notamment de leur ancienneté, de leur fréquence ou de leur généralité, sont regardées comme normales dans le secteur d'activité considéré*"[40]. Les usages se développeraient de manière privilégiée au sein de groupes restreints parce qu'une volonté collective s'y formerait et s'y exprimerait plus facilement[41]. Contrairement à ce qui a pu être avancé[42], le fait que cette volonté ne soit pas nécessairement partagée par tous les membres d'une collectivité ne remet pas en cause le fondement conventionnel de l'usage[43]. L'expression d'une majorité peut suffire à caractériser la volonté d'une communauté, comme le montrent les conventions collectives ou plus simplement la démocratie.

Cette volonté collective est susceptible de s'affirmer avec plus ou moins d'intensité. Elle est parfois si forte qu'elle s'impose nécessairement aux individus, ou à l'une des parties, les privant de la possibilité d'écarter l'application d'un usage opposable à l'administration[44]. Dans ce contexte, la volonté individuelle de s'affranchir de l'usage, non seulement échoue à le faire, mais participe même parfois de la caractérisation de la faute[45].

---

37 Crim., 3 juil. 1984, n° 83-90397.

38 Cette volonté n'est cependant pas toujours collective. L'employeur se trouvera ainsi lié par les usages qu'il a lui-même mis en place. Il est par ailleurs possible de caractériser des usages au sein d'une relation contractuelle.

39 Pour Savigny, c'était même l'ensemble des règles de Droit qui trouvait sa source dans la conscience du peuple (Bewusstsein des Volkes), avant de s'affirmer au sein de communautés (Stände) puis d'être formulé par le législateur, v. *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, PUF 2006, spéc. p. 53 s.

40 CE, 6 juil. 1994, n° 116079, visant le rôle usuel des courtiers en produits du sol et dérivés.

41 En ce sens, Ph. Jestaz, préc. p. 134, qui note que "*la pression sociale est d'autant plus forte qu'elle agit au sein d'un groupe où tout le monde se connaît*".

42 V. M. Pédamon, préc., p. 340, notant que c'est une erreur de croire à l'adhésion volontaire de ceux qui souffrent d'une norme comme de ceux qui en profitent.

43 En ce sens, à propos de l'explication de la normativité de la coutume par la thèse du consensus unanime, Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, préc., p. 133, estimant que "*s'il fallait une pratique unanime pour constituer une coutume, le cas ne se produirait jamais, toute règle de droit ayant forcément ses contrevenants*".

44 CE, 24 févr. 1988, n° 81761, considérant que dès lors que le taux d'amortissement des bouteilles de gaz en usage dans les industries du raffinage et de la distribution des hydrocarbures est de 10 % par an, il appartient à l'administration, qui a retenu un taux d'amortissement de 8 %, d'établir que les caractéristiques ou les conditions d'utilisation des bouteilles de gaz figurant dans les immobilisations d'une société justifient que soit retenu un taux d'amortissement différent du taux de 10 % consacré par les usages.

45 Crim., 3 juil. 1984, n° 83-90397, relevant que le prévenu s'était "délibérément affranchi" de l'observation de l'usage du commerce interdisant de commercialiser sous l'appellation de vin rosé un vin résultant d'un coupage de vin rosé et de vin rouge, dépourvu des qualités propres de saveur et de couleur du vin rosé, lequel ne peut être obtenu que par un procédé spécial dit "vinification en blanc", à partir de raisins rouges ou de raisins blancs et rouges mélangés avant fermentation.

9- Le plus souvent, la volonté collective se manifeste d'une manière plus modérée, et peut céder devant la volonté individuelle. L'usage laisse alors sa force normative à la disposition de ses destinataires, et trouverait un second socle dans le choix de ces derniers de ne pas l'exclure, voire dans leur choix de se soumettre à son application[46] si la force normative initiale de l'usage est trop faible pour qu'il puisse s'imposer à défaut de choix à la manière d'une loi supplétive.
Même si elle est formulée par un texte, la solution retenue par le Règlement n° 1215/2012[47], dans la continuité du Règlement 44/2001[48], exprime bien cette dualité. Selon l'article 25, 1, c), les clauses attributives de juridiction sont opposables, dans le commerce international, lorsqu'elles ont été conclues sous une forme *"conforme à un usage dont les parties ont connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée*". L'observation régulière de l'usage lui confère ainsi une force normative qui s'impose aux parties dès lors qu'elles ont connaissance de celui-ci[49]. Le choix de ces dernières de ne pas exclure l'application de l'usage, alors qu'elles en avaient connaissance et qu'il est largement répandu, lui donne une force supplémentaire. Lorsque les parties n'avaient pas connaissance de l'usage mais auraient dû en avoir connaissance si elles s'étaient montrées raisonnablement attentives, la force normative initiale de l'usage, tirée de la volonté collective qu'il exprime, suffit à en justifier l'application, peu important que les parties n'aient pas été en mesure d'exclure cet usage. La volonté individuelle ne peut donc écarter la volonté collective que si les parties se sont montrées suffisamment diligentes pour être à même de l'exprimer. L'usage s'impose ainsi à celui qui aurait dû en avoir connaissance, comme les professionnels exerçant dans le domaine au sein duquel il s'observe[50], ou l'avocat censé connaître les règles et usages du transport maritime[51].

10- La volonté collective de reproduire une pratique donnée, à l'origine de l'usage, ne s'entend pas toujours nécessairement de la volonté de se conformer aux agissements d'un groupe. Certaines pratiques uniformes ne semblent pas tant procéder de la volonté de suivre un comportement

46 Pour un ex., Civ. 3e, 20 déc. 1978, n° 77-12981.

47 Règl. UE n° 1215/2012, 12 déc. 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Bruxelles 1 bis, JOUE, n° L. 351, 20 déc.

48 Règl. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Bruxelles 1, JOCE, n° L. 12, 16 janv. 2001.

49 Des décisions estiment que cette connaissance est établie lorsque dans un secteur considéré, un certain comportement est suffisamment connu pour pouvoir être considéré comme une pratique consolidée : CA Versailles, 21 mars 2001, n° 2000-2476.

50 CA Paris, 12 mars 2014, n° 12/01203, relevant que "*le litige intervient dans un milieu professionnel spécifique, régi par des règles et des usages spécifiques, qu'aucune des deux parties, qui pratiquaient de manière évidente ce milieu, ne pouvait ignorer*".

51 CA Paris, 7 févr. 2012, n° 10/16262.

collectif, que de la volonté partagée entre les membres d'un groupe de mettre en oeuvre une pratique particulière. L'adhésion peut se former autour de la pratique elle-même, parce qu'elle répond à des besoins communs spécifiques, sans que la généralité de son observation soit déterminante[52]. Dans ce cas, la différence avec la coutume est encore plus marquée, dans la mesure où l'observation d'une coutume repose sur la conviction que celle-ci est obligatoire, témoignant de la volonté de se conformer aux règles d'une collectivité.

La formation des usages nous semble ainsi assise sur une volonté collective d'adhérer à une pratique généralisée au sein d'une communauté. Ce fondement ne remet pas en cause les exigences objectives de détermination, délimitation et généralité ni celles plus subjectives de légitimité et d'invocabilité[53]. Bien au contraire, il permet de mieux les comprendre et les expliquer.

52 V. par ex. M. Balboni, in *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2005, p. 271, relevant que certains comportements étatiques procèdent de la nécessité, et "*se présentent comme le reflet nécessaire et constant de la coexistence étatique*".

53 *Les usages : l'autre Droit de l'entreprise,* préc., n°128 et s.