



HAL
open science

La contractualisation des usages

Pierre Mousseron

► **To cite this version:**

Pierre Mousseron. La contractualisation des usages. Actualité juridique Contrats d'affaires : concurrence, distribution, 2018, 8-9, pp.366-369. hal-03293698

HAL Id: hal-03293698

<https://hal.science/hal-03293698v1>

Submitted on 21 Jul 2021

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.

La contractualisation des usages

Pr. Pierre MOUSSERON
Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier
Président de l'Institut des Usages

Composants d'un mode informel de régulation, les usages¹ sont soumis à une pression médiatique et règlementaire qui tend à en assécher le domaine. L'Etat est naturellement en première ligne : il a ainsi adopté une charte de transparence relative au statut du conjoint du Chef de l'Etat publiée le 21 août 2017 sur le site de l'Elysée pour substituer au statut informel de « la Première Dame » qui prévalait jusque-là un statut plus formalisé². L'Assemblée Nationale n'est pas en reste avec le projet d'adoption d'un code vestimentaire. Dans la sphère publique, cette influence est compréhensible dans la mesure où elle témoigne d'une tendance lourde à l'Etatisme du Droit et à la substitution de la norme à la culture³.

Dans la sphère privée, on s'attendrait à ce que le caractère informel des usages soit une force ; et de fait, des entreprises préfèrent ne pas formaliser contractuellement certaines de leurs activités afin de conserver une certaine discrétion; il en va ainsi de sociétés exerçant des activités à l'étranger dans des conditions peu conformes avec le Droit de leur pays d'origine. Ceci étant, de façon complémentaire au phénomène observé dans la sphère publique, les personnes privées s'emploient, elles aussi, dans certains cas à régir contractuellement les usages.

Nous souhaiterions ici évoquer cette contractualisation d'origine privée en examinant ses objectifs (I), ses techniques (II) et ses conséquences (III).

I Objectifs

1 La contractualisation des usages vise souvent à clarifier des droits privés.

La clarification peut d'abord intervenir, négativement, par une exclusion des droits et usages que les parties auraient pu revendiquer au titre des comportements qu'elles auraient adopté entre elles ou des usages en vigueur dans leur secteur d'activité. Nous lisons ainsi dans un contrat la clause des quatre coins suivante: « *Le présent contrat (y compris ses annexes) constitue l'accord final, complet et exclusif entre les parties quant aux éléments qui y sont*

¹ Le Droit coutumier est ici compris comme l'ensemble des règles fondées sur des usages à savoir des comportements généralisés au sein d'une communauté limitée à des personnes en relation conventionnelle (usage privés) ou non (usages publics).

² E. Sales, *De la tradition républicaine à la charte pour définir le rôle du conjoint du Président de la République* : <http://bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com/alerte-novembre-2017>.

³ Dans ce sens : O. Roy, *Le Monde*, Débats et Analyses 10 janvier 2018, p. 21 « *Le code s'impose pour gérer la nature quand il n'y a plus de culture* ».

visés. Il se substitue et prévaut sur toutes propositions, pratiques ou usages privés ou professionnels relatifs auxdits éléments».

La clarification peut aussi découler plus positivement d'un renvoi à des usages particuliers. Les Incoterms mis au point par la Chambre de Commerce Internationale opèrent ainsi renvoi aux usages des ports désignés notamment quant aux modalités des opérations de déchargement des marchandises⁴. Cette clarification est particulièrement utile dans les « actes mixtes » entre un professionnel présumé connaître les usages et un non-professionnel à qui cette présomption aurait plus de mal à s'appliquer⁵. Lorsque le contrat intervient entre un professionnel et une personne qui n'appartient pas au secteur d'activité dans lequel les usages sont applicables, le renvoi contractuel aux usages permettra de rendre applicable l'usage à cette dernière personne. C'est d'ailleurs la solution qui prévaut à propos de l'usage de la solidarité passive en matière d'acte mixte⁶. Lorsque le contrat intervient entre deux professionnels contractant sur un domaine de spécialisation commun, les usages s'appliquent en effet automatiquement en application de l'article 1194 du Code civil aux termes duquel « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ». Même dans ce cas, l'effet clarificateur du renvoi aux usages n'est toutefois pas automatique. Un jugement du Tribunal de Grande instance de Paris dans un litige opposant le styliste Hedi Slimane à la Société Yves Saint Laurent (YSL) en propose une illustration récente⁷. Le premier invoquait des actes de contrefaçon par la société qui aurait continué à utiliser sur son site des photos prises par l'artiste au-delà d'une durée de deux ans évoquée sur des factures. Pour régir les conditions d'utilisation par la société de photos réalisées par le styliste pour le compte de la société, les deux professionnels avaient aussi renvoyé aux « *autorisations d'usage saisonnières habituelles* ». S'appuyant sur ces dernières, le Tribunal écarte le délit de contrefaçon dans la mesure où « *La société YSL justifie de ce que sont les usages concernant les dernières campagnes saisonnières YSL ...en produisant des factures de cession au profit de la société YSL émanant de photographes réputés dans le milieu de la mode sur lesquelles il est expressément mentionné ...un usage non commercial notamment à titre d'archives ou à but d'information ou culturel sans limite dans le temps (« in perpetuity »)* ». On constate ici que le renvoi aux usages a été obscurci par la référence à une autre durée de deux ans dans la documentation contractuelle. Sans cette contrariété, le renvoi aux usages aurait pu prévaloir plus spontanément sans recours au juge.

2. La contractualisation privée vise aussi à valoriser commercialement des usages.

Certaines entreprises proposent ainsi à titre de prestation rémunérée des services qui correspondaient jusque-là à des prestations relevant des usages. Il en va ainsi du service « *Veiller sur mes parents* » proposé par la Poste. La contractualisation se fonde sur un travail d'identification de comportements en voie de désuétude et à leur tarification. Dans le cadre du développement des services à la personne, on peut envisager le même processus de novation de prestations anciennement usuelles et gratuites en prestations contractuelles rémunérées

⁴ CA Versailles 14 mars 2002, n°2000-1291.

⁵ Pour une espèce relative à des tolérances usuelles dans laquelle la Cour de cassation adhère à la prise en considération de l'expertise professionnelle des parties pour juger de l'invocabilité de « *tolérances* » en matière industrielle: Cass. com. 7 février 2012, n°10-27716. Sur la question : *Les usages : l'autre Droit de l'entreprise*, n°175.

⁶ Y. Reinhard, S. Thomasset-Pierre et C. Nourissat, *Droit commercial*, LexisNexis 8ème éd. 2012, n°363.

⁷ TGI Paris 7 décembre 2017, n°16/11723.

notamment dans le cadre des relations de voisinage. La façon dont certains enseignants du secteur scolaire ou universitaire proposent maintenant à titre rémunéré leurs services de préparation d'étudiants à certains examens ou concours peut illustrer cette situation.

Cet objectif se retrouve aussi dans les tentatives actuelles de valorisation de savoir-faire traditionnels ou dans des territoires relevant pour certaines questions du Droit coutumier⁸. Afin d'attribuer aux communautés locales le bénéfice de leurs pratiques agricoles, médicinales, il peut paraître opportun de faire apporter les droits coutumiers des populations locales. Dans la mesure où ces droits ne sont pas la propriété exclusive des apporteurs, il paraît plus opportun, dans une approche contractuelle tout au moins⁹, de faire consentir des apports en jouissance sur les droits coutumiers en question. Cette pratique pourrait se réclamer des opérations qui ont déjà été envisagées en Nouvelle-Calédonie pour associer des propriétaires coutumiers et des collectivités locales au sein de sociétés gérant des mines en amodiation¹⁰. Cette pratique soulève des difficultés importantes dès lors qu'il s'agit de définir non pas les droits des parties elles-mêmes mais ceux des tiers créanciers notamment. Ceux-ci ne relevant pas du Droit coutumier, ils pourront en effet invoquer le Droit commun, tout au moins devant les juridictions étatiques de Droit commun¹¹. **Cette prise en compte des droits coutumiers de certaines communautés se pratique régulièrement aux USA aujourd'hui. Nous lisons ainsi sur les conditions de facturation d'un hôtel américain la formule suivante: “for every night you stay, a \$1 nightly donation is contributed to the S. Trust, a non-profit organization dedicated to conserving scenic, recreational, and productive farm and forest lands for the benefit of the greater S. community. This voluntary donation is combined with those of other guests and used to support the work of S. Land Trust to conserve and steward S. 's important natural resources for generations to come. Naturally, if you would prefer not to participate for any reason, this charge may be removed from your bill.”**

3 La contractualisation des usages par les personnes privées peut enfin viser à relayer des politiques publiques.

C'est ce que l'on constate en matière de Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE). Les codes de conduite en matière de responsabilité sociale des entreprises visent bien souvent à contrôler des pratiques qui sont désormais jugées inacceptables. Il en va d'invitations commerciales aujourd'hui soupçonnées de corruption ou de comportements grivois stigmatisés au titre du harcèlement. Là où autrefois prévalait la courtoisie, l'Etat invite désormais à des règles écrites.

⁸ Voir notamment loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. Plus près de nous, le marais de Brière près de La Baule est la propriété indivise des habitants de vingt et une communes riveraines. Ce territoire de 7000 hectares est géré depuis 1838 par la Commission Syndicale de la Grande Brière Mottière, composée de vingt et un syndicats (<http://www.parc-naturel-briere.com/fr/leparc/un-territoire-dexception/son-caractere/le-marais-indivis-de-grande-briere-mottiere>). On observe un système voisin dans la forêt usagère de la Teste-de-Buch en Gironde.

⁹ Une approche plus radicale pourrait permettre aux populations locales de se prévaloir du droit coutumier sans passer par l'intermédiaire du Droit des contrats. Pour les populations locales, cette transmission coutumière présenterait l'avantage de ne pas relever d'un Droit contractuel que lesdites populations ne maîtriseraient pas aussi bien que le Droit coutumier.

¹⁰ Centre Norbert Elias UMR 8562, Mission de recherche Droit & Justice, *Faire de la coutume kanak un droit, Enjeux, histoire, questionnements*, Rapport final décembre 2016, p. 68.

¹¹ Cass. civ. 1^{ère} 10 juin 2015, n°14-14599.

De façon plus originale, on observe aussi cette contractualisation d'origine étatique en matière d'environnement. Le 4 octobre 2017, le Conseil Départemental de l'Ain a ainsi officiellement reçu un code recensant les usages traditionnels en vigueur sur la zone des étangs de la Dombes au Nord de Lyon. Cet ouvrage répertorie des usages (droits d'évolage, droits d'assec,...) permettant notamment la délimitation des limites de propriété des étangs, les droits des propriétaires en matière de partage de l'eau, de la pêche, de la chasse ou de forages. Selon ses initiateurs, ce code vise à favoriser "*l'usage durable et respectueux de la ressource en eau, l'entretien des milieuxet le règlement amiable des différends*"¹². Il sera notamment rendu efficace par l'invitation faite aux notaires de faire référence à ce code dans les actes notariés portant sur des biens situés dans ce territoire.

Sur un plan macro-économique, cette formalisation de l'informel par voie de contractualisation s'inscrit dans un processus de commoditisation des contrats. Mis en lumière par notre Collègue Kevin Magnier-Merran à propos de la facture, ce phénomène vise à faciliter le contrôle technologique des activités privées. S'il est facteur d'efficacité à court terme, il appelle non seulement une prise de conscience qui a largement cours aujourd'hui, mais aussi des garde-fou. Si les processus publics de protection de l'exploitation des données personnelles offrent certaines protections en aval de ce phénomène, la promotion d'un Droit plus informel et moins attaché à la contractualisation informatique de chaque comportement est une autre technique plus diffuse en amont.

II Moyens

1 La contractualisation prend le plus souvent la forme de clauses contractuelles s'attachant à décrire directement certains comportements. Cet exercice est parfois délicat. D'une part, la description verbalisée d'un comportement concret est souvent un exercice difficile. La Cour de cassation a eu récemment à connaître d'une situation de ce type. Une entreprise avait conclu un accord collectif avec des institutions représentatives du personnel à propos de l'usage consistant à traiter comme temps de travail effectifs les heures de présence de certains salariés à des commissions ainsi qu'à des « *réunions préparatoires* ». On devine que le terme de « *réunion préparatoire* » a pu constituer une formule élégante pour désigner des réunions tout à fait informelles... Un renvoi plus synthétique aux usages serait une formule plus satisfaisante. Le risque d'invalidation de la clause dès lors qu'elle n'aura pas un objet suffisamment déterminable au regard de l'article 1163 du Code civil pourrait être atténué par la référence complémentaire à certains comportement identifiés par le renvoi à un code d'usages. Les clauses contractualisant les usages peuvent être intégrées dans plusieurs types de conventions.

2 La contractualisation opère également indirectement par le renvoi à des codes d'usages notamment au sein de groupements. *Le Monde* du 8 décembre 2017 évoque ainsi en aval de l'affaire Weinstein l'adoption par l'Oscar Academy américaine d'un Code de conduite contenant une clause d'exclusion de tout membre "*qui abuse de son statut, de son pouvoir ou de son influence, d'une manière qui va à l'encontre de la décence*". Si l'on s'accorde à voir dans la "décence" l'ensemble des usages sociaux, cette innovation venue d'Hollywood pourrait illustrer une forme de contractualisation des usages au travers d'une clause d'exclusion parastatutaire au sens où l'on peut supposer que les statuts de cette association renvoient souvent audit code de conduite. Si on devait l'importer en France, cette clause serait fragilisée à

¹² *Les usages des étangs de la Dombes*, juin 2017, p. 15.

plusieurs égards. D'une part, on pourrait l'assimiler à une clause de résolution partielle du contrat de société. A ce titre, elle méconnaîtrait l'exigence posée par l'article 1225 alinéa 1er du Code civil aux termes duquel: "*La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat*". D'autre part, la validité et l'efficacité des clauses supposent la détermination ou la déterminabilité de leur contenu (Article 1163 du Code civil). A cet égard, la seule référence à la décence ou à des abus contraires à la décence reste très floue. Il serait préférable à tout le moins de viser des comportements constitutifs d'une infraction pénale.

3 La contractualisation s'observe enfin dans des conditions générales de vente. Nous lisons ainsi dans les conditions générales de vente d'un fournisseur de carrelage: « *Les dimensions et couleurs de ces produits étant soumises à des variations inévitables, bénéficient des tolérances d'usage* ».

III Conséquences

1 Comme les opérations de codification des usages l'ont montré, toute retranscription écrite des usages aboutit, involontairement ou volontairement, à une certaine déformation. On peut alors s'interroger sur l'efficacité de pareille modification. A cet égard, il nous paraît nécessaire de préciser que la modification ne vaudra que pour des comportements qui auront réellement existé de façon répétée et généralisée. La reformulation d'usages ne saurait porter sur des pratiques antérieures (primes, avantages en nature,...) qui ne remplissent pas les conditions d'existence des usages.

2 Dans les cas où la contractualisation vise à conforter des droits coutumiers, on peut se demander si elle sera le moyen le plus efficace. La fragilisation croissante des contrats sous l'effet cumulé des prescriptions du Droit commun des contrats ou des Droits spéciaux (Droit de la consommation, Droit de la concurrence,...) permet en effet de penser que là où le contrat sécurisait dans le passé, il conduit aujourd'hui à une certaine fragilité des droits qu'il saisis. Même lorsque la contractualisation porte sur des droits coutumiers comme par exemple à l'occasion de l'apport de droits d'origine coutumière à une association, le recours à un contrat d'apport peut paraître suffire à soumettre la relation initialement purement coutumière au Droit étatique des contrats. Cette approche est toutefois peut-être marquée d'un certain complexe de supériorité de la part dudit Droit étatique. Pourquoi l'opération d'apport ne pourrait-elle pas en effet être connue et relever du Droit coutumier ? Pourquoi ne serait-elle pas un mode de vente particulier où la rémunération est payée par des droits sociaux. Avant d'être un contrat soumis notamment aux dispositions du Droit écrit de la vente ou du bail en application de l'article 1843-3 du Code civil, l'apport est en effet d'abord une pratique ancienne et usuelle ; rien n'interdit de soumettre cet apport à ce Droit coutumier en liaison avec le Droit étatique pour en améliorer le régime.

3 Une dernière conséquence tient à définir si la contractualisation de l'usage met fin à celui-ci.

Selon une première analyse, la contractualisation de l'usage emporterait la novation d'un droit d'origine coutumier en un droit conventionnel reconnu étatiquement. Comme toute novation, celle-ci emporterait extinction du droit objet de cette opération.

Selon une seconde analyse qui utiliserait la distinction susvisée entre les usages privés et les usages publics, la contractualisation affectera distinctement les usages selon que ces derniers seront des usages privés propres aux cocontractants ou publics à savoir plus largement en vigueur au sein d'une communauté plus large notamment professionnelle ou nationale. Si la contractualisation porte sur des usages privés, les protagonistes pourront librement en disposer et leur contrat pourra effectivement faire disparaître l'usage contractualisé. Si la contractualisation porte sur des usages publics, les parties ne pourront affecter les usages que dans le cadre de leur relation privée. Si la contractualisation vise à opérer renonciation à un usage public, les parties à la contractualisation prendront soin de le préciser de façon non-équivoque. L'ambiguïté sur ce point peut être source de litige comme en a témoigné un arrêt relatif à la rémunération d'un compte à terme entre une banque et son client ; alors que l'usage est que la rémunération de pareilles conventions soit exprimée par an, une banque et son client avaient prévu que les intérêts seraient calculés « *sur la base de 4,20 mensuels* ». Il a fallu aller jusque devant la Cour de cassation pour faire reconnaître que cette clause emportait renonciation à l'usage de la rémunération annuelle¹³. L'usage objet du contrat subsistera pour tous ceux qui y sont soumis à l'exclusion de ceux qui auront contracté à son sujet.

Plus radicalement encore, on peut comprendre l'ordre coutumier comme un ordre parallèle à l'ordre étatique¹⁴. Dans cet autre ordre juridique qui a ses propres sources et ses propres sanctions, l'ordre contractuel qui dépend largement de moyens étatiques n'a pas nécessairement de prise¹⁵. On peut s'inquiéter de cet ordre parallèle ; dans un mode où l'asphyxie textuelle menace, on peut aussi y trouver un peu d'oxygène juridique.

¹³ Cass. com. 2 décembre 2014, n°13-22332.

¹⁴ Cette représentation du Droit coutumier comme ne relevant pas de l'ordre ordinaire peut notamment se recommander de la réticence de la Cour de cassation à transmettre au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité relevant du Droit international coutumier alors même que l'on pouvait légitimement attendre de cette procédure qu'elle sécurise l'ensemble du Droit : Cass. civ. 1^{ère} 29 novembre 2017, n°17-40056.

¹⁵ On observe ainsi que la loi du pays n°2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux « actes coutumiers » en Nouvelle-Calédonie témoigne d'une certaine autonomie de l'ordre coutumier local par rapport à l'ordre juridique métropolitain et à la notion d'acte juridique classique. L'article 3 de cette loi énonce que « *l'acte coutumier se caractérise par un concours de volontés interdépendantes qui en détermine les éléments et les effets. Sa portée peut être individuelle ou collective* ».