

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

DE LA COUTUME ET DES USAGES DANS LA DOCTRINE COMMERCIALE FRANÇAISE A LA FIN XIX^e SIECLE ET AU DEBUT XX^e SIECLE

Florent Garnier

La place et le rôle de la doctrine au cours du XIX^e siècle et dans la première moitié du XX^e siècle ont suscité de belles et riches études permettant de reconsidérer l'« Ecole de l'Exégèse » et la vision classique de civilistes attachés à la seule étude de la loi et du Code civil¹. Depuis, la réflexion s'est enrichie de nombreuses publications qui intéressent toujours le droit civil, comme la doctrine publiciste², mais aussi l'histoire des facultés de droit et de la science juridique³. Dans un contexte politique de réflexion sur l'Etat au cours des dernières années du XIX^e siècle et des premières années du XX^e siècle⁴, la culture juridique connaît une période de « crise et de renouveau »⁵. C'est le moment aussi d'un point de vue doctrinal où on assiste à l'émergence d'une doctrine largement professorale, dont l'autorité va s'affirmer et qui est soucieuse d'œuvrer à la systématisation du droit⁶. Entre les années 1880 et 1920, la science juridique française s'affirme par l'acquisition d'une identité doctrinale et par l'expression d'un intérêt porté aux

¹ L. Husson, « Analyse critique de la méthode de l'Exégèse », *Archives de Philosophie du Droit*, 1972, p. 115-133 ; Ph. Rémy, « Eloge de l'Exégèse », *Droits*, n° 1, *Destins du droit de la propriété*, 1985, p. 115-123 ; Ph. Rémy, « Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du Droit au XIX^e siècle », *Annales d'Histoire des Facultés de droit*, n° 2, *Les méthodes de l'enseignement du droit*, 1985, p. 91-105 ; P. Dubouchet, « L'Ecole de l'Exégèse et la science du droit », *Revue de la Recherche Juridique*, 1986, n° 2, p. 209-227. Voir aussi, G. Tarello, « La 'Scuola dell'Esgesi' e la sua diffusione in Italia », in G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988, 69, anche in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 239-276 et A. Belfiore, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1979.

² Parmi une importante bibliographie : M.-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, 1992 ; J.-L. Mestre, « Aux origines de l'enseignement du droit administratif : le 'Cours de législation administrative' de Portiez de l'Oise (1808) », *Revue française de droit administratif*, 1993, p. 239 sq. ; Ch. Jamin, « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine positiviste à la charge des XIX^e et XX^e siècles », *RTDC Civ.*, 1994, p. 815-827 ; J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996 ; J.-J. Bienvenu, « Les origines et le développement de la doctrine », *Revue administrative*, numéro spécial Le Conseil d'Etat et la doctrine, 1997, p. 13 sq. ; N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, 2002 ; C.M. Herrera, *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République*, Paris, 2003 ; Ch. Jamin, Ph. Jestaz., *La doctrine*, Paris, 2004 ; M. Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris, 2009 et les études consacrées par le même auteur au Doyen Foucart, p. 1 note 6 ; *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, N. Hakim et F. Melleray (Etudes réunies par), Paris, 2009.

³ *La Faculté de droit de Lyon 130 ans d'histoire*, H. Fulchiron (sous la direction de), Lyon, 2006 ; *De l'école de droit à la faculté de droit de Grenoble (1806-2006). Héritage historique et enjeux contemporains*, M. Mathieu (Textes réunis par), Grenoble, 2006 ; *Six siècles de droit à Aix 1409-2009*, Aix-en-Provence, 2009 ; *Thémis dans la cité. Contribution à l'histoire contemporaine des facultés de droit et des juristes*, N. Hakim et M. Malherbe (Etudes réunies par), Bordeaux, 2009 avec une présentation de ce renouveau, p. 9.

⁴ J. Donzelot, *L'invention du social*, Paris, 1994 ; J.-F. Spitz, *Le moment républicain en France*, Paris, 2005.

⁵ Ch. Jamin, « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, p. 38-384.

⁶ N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, op.cit.

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

sources du droit⁷. La supériorité accordée à la loi, en particulier à partir du droit intermédiaire, n'a pas été sans conséquence tout au long du XIX^e s. sur les autres sources du droit. Obnubilée par la loi et ses enfants – les codes –, la doctrine civiliste du XIX^e s. s'est en partie détournée de la coutume. Sans l'ignorer cependant totalement comme source du droit⁸, on a pu parler à son égard d'un « tabou vieux de deux siècles pour les juristes de l'aire soumise au Code Napoléon... d'une succession répudiée »⁹. Il faut attendre la fin du XIX^e siècle pour que la doctrine civiliste, engagée dans une critique du légicentrisme, reconsidère la coutume. Sa place est néanmoins limitée, les auteurs cherchent davantage à affirmer le rôle de l'interprète des sources juridiques n'entendant pas « abandonner la création du droit à l'action absolument spontanée des forces sociales... [ni] s'asservir aux convictions populaires »¹⁰.

Les travaux relatifs aussi bien à la formation et au développement d'une doctrine commerciale qu'à l'intérêt porté par cette doctrine aux sources du droit, restent encore peu nombreux¹¹ et limitent d'autant une étude d'ensemble de la doctrine commerciale, en particulier pour la période allant de la seconde moitié du XIX^e s. au début du XX^e siècle. L'attention suscitée récemment par Thaller, comme défenseur de la méthode constructive et promoteur d'une science du droit commercial comparé, laisse entrevoir une position en apparence plus réservée pour le développement d'une théorie des sources du droit commercial¹². Il distingue néanmoins la coutume comme source du droit et il établit la distinction entre usage et coutume, évoquant l'idée de deux sortes d'usages sans plus de précision. Avec la fin du XIX^e s. et le début du XX^e s., un renouvellement de l'analyse des sources juridiques intervient sous l'influence notamment de François Gény et de sa pensée développée en 1899¹³. Le monopole exclusif de la loi est remis en cause avec la formulation d'une théorie pluraliste des sources du droit. Edouard Lambert développe pour sa part une approche jurisprudentielle de la coutume¹⁴. Il énonce notamment une critique de la théorie traditionnelle de la coutume, qui prenait en considération les seuls éléments

2

⁷ Ch. Jamin, Ph. Jestaz, *La doctrine, op.cit.*, p. 120 sq. Pour une présentation élargie à l'espace européen, voir par exemple, M. Ascheri, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino, G. Giappichelli, 2003 ; A. Padoa Schioppa, « La dottrina giuridica tra i due secoli », *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 560 sq. ; A. Wijffels, *Introduction historique au droit. France, Allemagne, Angleterre*, Paris, 2010.

⁸ N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op.cit.*, p. 316 sq.

⁹ A. Gouron, « La coutume en France au Moyen Âge », *La coutume*, 2^e partie, Europe Occidentale médiévale et moderne, Rec. Soc. J. Bodin, Bruxelles, 1990, p. 195.

¹⁰ 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.

¹¹ R. Savatier, « La science du droit au cours du dernier siècle : France », *La scienza del Diritto Nell'Ultimo Secolo*, Padova, 1976, en particulier p. 327-329 ; 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. On pourra aussi se reporter pour la bibliographie aux notices, par exemple, d'Alphonse Boistel, Pierre Bravard-Veyrières, Louis-Emmanuel Delamarre, Frémery, Léon-François Julliot de la Morandière ; Joseph Le Poitevin ; Charles Lyon-Caen, Victor Molinier, Jean-Marie Pardessus, Louis Renault, Edmond Thaller, Jules Valéry, Albert Walh dans le *Dictionnaire historique des juristes français*, P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen (sous la direction de), Paris, 2007.

¹² Qu'il me soit permis de renvoyer à 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^e siècle*, N. Hakim et F. Melleray (Études réunies par), Paris, 2009, p. 159-196.

¹³ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2^e 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 Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento », 1991, p. 367-495.

¹⁴ E. Lambert, *Etudes de droit commun législatif. La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, p. 800 sq.

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

matériel et psychologique pour sa formation. Est-ce que la doctrine commerciale s'est intéressée à ces différents débats au profit de la coutume commerciale qui avait contribué depuis fort longtemps au développement de ce droit ? Nul ne doute de l'importance des usages dans la formation du droit commercial. Pour Louis-Emmanuel Delamarre et Joseph Le Poitvin, l'usage est « le supplément de la loi ou, de la convention écrite, et qu'il obtient force de loi »¹⁵. L'autorité des usages n'est pas à démontrer pour Thaller tant « c'est en réalité de l'usage que tout [le droit commercial] est sorti, c'est par lui qu'il se réforme sans cesse ». La force des usages est de permettre l'évolution du droit en étant parfois repris par la loi. Il y a plus dans la doctrine commerciale de la fin du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e siècle. Les questions particulières de la nature, mais aussi de la portée des usages et de la coutume dans le domaine commercial, ont donné lieu à quelques articles dans la première moitié du XX^e s. Ainsi tout d'abord, Jean Escarra, en 1910, après une rapide approche historique et présentation de la formation de l'usage, s'interroge sur la place de cette « source extra législative » dans la hiérarchie des sources et sur son rapport à la loi. Pour autant, 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 alors l'usage et la coutume. Il adopte la distinction de l'usage de fait et l'usage de droit¹⁶. Ensuite 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 doctrine¹⁷. 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 juridique¹⁸. Il ralliait l'opinion de la majorité de la doctrine pour considérer la distinction usage et coutume. C'est là un point d'aboutissement d'une réflexion engagée quelques décennies plus tôt. Ces différentes réflexions, rapprochées de la présentation des sources du droit dans les manuels et les traités de la fin du XIX^e s. et du début du XX^e s., peuvent-elles s'inscrire dans un effort de théorisation des sources du droit commercial par la doctrine commerciale à l'instar de la doctrine civiliste ? Pour certains membres de la doctrine, les usages ne sont pas une source du droit positif¹⁹. Cependant, une majorité d'auteurs considère que les usages doivent être intégrés, mais qu'ils occupent une place seconde après le Code de commerce et les lois commerciales²⁰. A partir de la notion d'usage, la doctrine va 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

¹⁵ 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.

¹⁶ J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *Annales de droit commercial*, 1910, p. 97-123.

¹⁷ J. Valéry, « La coutume commerciale », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1924, p. 418-438.

¹⁸ 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.

¹⁹ L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1925, n° 19, p. 16.

²⁰ P. Pradier-Fodéré, *Précis de droit commercial*, Paris, 2^e éd., 1872, p. 2. E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 4^e éd., 1910, p. 40-45. J. Escarra, *Principes...*, n° 38 p. 54.

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

approches sous l'influence de la science juridique allemande et surtout italienne²¹. C'est au cours de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle qu'une réflexion doctrinale se fait jour pour discuter la conception unitaire de l'usage et de la coutume commerciale (I). Elle va aussi débattre de leur portée (II).

I – Une unité discutée

Après le temps de la pluralité des sources du droit, la loi voit sa primauté consacrée avec la Révolution française et les codifications napoléoniennes. On cultive la nomophilie. La conception d'une même loi pour tous présentant les caractères d'unité, de clarté, voire dans une certaine mesure de perfection, est promue. Au droit écrit, la loi avec l'autorité qui lui est conférée, on oppose le droit non écrit. Cette distinction est reprise par certains juristes dans leur présentation des sources du droit commercial (A). Pour autant, une autre conception va s'imposer au sein de la doctrine avec la distinction entre l'usage et la coutume (B).

A – L'usage assimilé à la coutume

Le caractère écrit ou non de la norme coutumière a permis d'établir une distinction entre la coutume et l'usage dans l'Ancien droit²². L'usage correspond au droit non écrit, à la coutume non rédigée, alors que la coutume est synonyme de coutume rédigée devenue, selon Claude de Ferrière, « un droit écrit ayant force de loi dans la province pour laquelle elle a été faite »²³. Les usages se parent alors des fonctions de la coutume et la coutume revêt l'autorité de la loi. Au XIX^e siècle, semblable opinion est reprise notamment dans le *Répertoire raisonné de jurisprudence* de Merlin²⁴ ou dans le *Répertoire de jurisprudence* de Dalloz²⁵. La doctrine commerciale admet la différenciation entre droit écrit et droit non écrit. Cependant cette dernière catégorie renferme la coutume et l'usage qui sont assimilés. L'examen de leur formation fait apparaître l'unité de ce droit non écrit en référence à la nature conventionnelle de ces créations extra légales.

De manière classique, la doctrine commerciale à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle ne distingue pas l'usage de la coutume. Reprenant le procureur général Dupin, Delamarre et Le Poitvin assimilent l'usage à la coutume²⁶. De manière tout aussi classique, les autres membres de la doctrine commerciale développent une conception unitaire. Ainsi, Paul Pradier-Fodéré²⁷ puis

²¹ Voir en particulier les éléments bibliographiques sur l'usage commercial donnés par J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *Annales de droit commercial*, 1910, p. 97 n. 1.

²² 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.

²³ Cl. De Ferrière, *Introduction à la pratique*, Lyon, 1697, « Coutume ».

²⁴ 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 : « aujourd'hui nous appelons coutumes, les règles qui se sont 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 ».

²⁵ 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 : « 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 ».

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

²⁷ P. Pradier-Fodéré, *Précis de droit commercial*, Paris, 2^e éd., 1872, p. 2. La question des usages est reprise en annexe pour la loi des 13-20 juin 1866, p. 649-653.

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

Alphonse Boistel les traitent de manière indifférenciée²⁸. Charles Lyon-Caen et Louis Renault dans leur *Précis de droit commercial* (1879-1885), leur *Manuel* (1887) puis leur *Traité* (1889-1999) font de même²⁹. 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 »³⁰. Cette première assimilation permet de les ranger dans la catégorie des sources non écrites du droit commercial. Tel est le cas de Louis-Emmanuel Delamarre et Joseph Le Poitvin³¹. Pierre Bravard-Veyrières adopte une semblable distinction³². Dans la première moitié du XX^e siècle, cette dichotomie persiste chez L. Lacour et J. Bouteron³³. Pour Valéry, la loi est le « droit écrit » et la coutume-usage le droit « non écrit »³⁴. 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 écrite³⁵.

L'usage commercial présente une valeur conventionnelle qui est mise en lumière par l'analyse de sa formation. Escarra dissocie ainsi différentes étapes dans la création de l'usage. Une première phase 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 exprime 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 »³⁶.

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 opérations³⁷. 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 »³⁸. 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 respecter³⁹. Cette idée est partagée par Wahl⁴⁰, Lacour et Bouteron⁴¹ tout comme

²⁸ A. Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, 1876, p. 11-15.

²⁹ Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. I, Paris, 1889, n° 78, p. 68.

³⁰ A. Wahl, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1922, n° 21, p. 10.

³¹ L.-E. Delamarre et J. Le Poitvin, *Traité théorique... op. cit.*, p. 37 sq., n° 25 p. 53-54.

³² P. Bravard-Veyrières, *Traité de droit commercial*, Paris, 2^e éd., 1890, p. 4.

³³ L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1925, n° 18, p. 14.

³⁴ J. Valéry, « La coutume commerciale », *op.cit.*, p. 418.

³⁵ J. Valéry, « La coutume commerciale », *op.cit.*, p. 427-428 note 3.

³⁶ J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *op.cit.*, p. 115 : « l'usage, d'abord pratique individuelle, ensuite pratique plus ou moins généralisée exprimée dans les conventions, n'existe d'une façon indépendante que quand les clauses, jusqu'ici expresses, de sa constatation, deviennent sous-entendues. 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, qu'on a très heureusement appelée la conscience générale de la place » et repris dans *Principes de droit commercial*, Paris, 1934, p. 45-46.

³⁷ J. Valéry, « La coutume commerciale », *op.cit.*, p. 424.

³⁸ J. Valéry, « La coutume commerciale », *op.cit.*, p. 418-419.

³⁹ J. Valéry, « La coutume commerciale », *op.cit.*, p. 421.

⁴⁰ A. Wahl, *Précis théorique...*, *op. cit.*, n° 23, p. 11 et n° 451, p. 143.

⁴¹ L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial...*, *op. cit.*, n° 19, p. 15.

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

Bonnecarrère et Laborde-Lacoste⁴². On cite à l'appui de cette position un arrêt du 23 mai 1900 de la Cour de cassation ayant précisé que « dans les transactions relatives au négoce, les contractants sont réputés se référer aux usages du commerce, à moins qu'ils n'y dérogent par un pacte exprès »⁴³. Elle est rapprochée de l'article 1160 du Code civil précisant qu'« on doit suppléer dans le contrat les clauses qui sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ». Cette position de Valéry se rencontre déjà chez Lyon-Caen et Renault pour qui « la force de l'usage vient surtout de la volonté tacite des parties »⁴⁴. Elle diffère alors de la conception formulée par Gény. Les « actes volontaires » des parties sont de l'essence des usages, mais ils ne suffisent pas à révéler l'*opinio necessitatis* nécessaire à la formation de la coutume⁴⁵. Partant de la conception classique unitaire de l'usage et de la coutume, la doctrine 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.

B – La coutume distinguée de l'usage

De manière commune, les auteurs de la doctrine commerciale évoquent les usages au regard de leur portée géographique. C'est le cas de Delamarre et Le Poitvin⁴⁶ mais aussi de Boistel⁴⁷. 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'usage⁴⁸. Au XX^e siècle, Wahl⁴⁹ puis Lacour et Bouteron⁵⁰, Bonnecarrère et Laborde-Lacoste⁵¹ font référence aux usages généraux et aux usages locaux. De l'idée de présomption d'un accord tacite d'adhésion aux usages, Valéry en déduit leur sphère d'application. La classification proposée est double suivant l'influence géographique (usages généraux/usages locaux) et professionnelle (usages communs/usages spécifiques à certaines branches).

Certains auteurs, en raison de la difficulté d'envisager de manière unique tous les usages, proposent de les considérer de manière différente. Une double distinction va se développer : d'une part l'usage est dissocié de la coutume sous l'influence de l'analyse de François Gény, d'autre part l'usage de fait est distingué de l'usage de droit sous l'influence de la science juridique européenne.

L'usage constitue une étape dans la formation de la coutume, il est antérieur à l'apparition de l'élément psychologique ou *opinio juris*. On en tire ainsi la distinction entre l'usage et la coutume. L'usage est un fait (« *substratum* nécessaire de toute coutume juridique ») qui peut se muer en coutume si au premier élément matériel vient s'ajouter un élément psychologique (*opinio necessitatis seu juris*)⁵². Gény précise ainsi que « 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

⁴² Ph. Bonnecarrère et M. Laborde-Lacoste, *Précis élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., Paris, 1937, p. 8.

⁴³ D. 1901.1.269.

⁴⁴ Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. I, 1889, n° 82, p. 71.

⁴⁵ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 2^e éd., 1954, t. I, p. 366.

⁴⁶ L.-E. Delamarre et J. Le Poitvin, *Traité théorique...*, *op. cit.*, p. 37 et s., n° 31, p. 71.

⁴⁷ A. Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, 1876, p. 11.

⁴⁸ Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. I, 1889, n° 81 p. 70.

⁴⁹ A. Wahl, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1922, n° 22, p. 10.

⁵⁰ L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1925, n° 19, p. 16 n. 2.

⁵¹ Ph. Bonnecarrère et M. Laborde-Lacoste, *Précis élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., Paris, 1937, p. 8.

⁵² F. Gény, *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, I, n° 119, p. 364.

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

effet, pour la création du droit, que s'ils ont lieu dans la pensée d'une sanction sociale effective »⁵³. Il constate que cet élément est oublié par certains auteurs de la doctrine commerciale dont Boistel, Lyon-Caen et Renault⁵⁴.

Cette première conception se double au tout début du XX^e siècle d'une seconde distinction usage conventionnel/de fait et usage de droit. Adoptée en Allemagne⁵⁵, la distinction est aussi connue en Italie de certains auteurs. Le commercialiste Cesare Vivante (1855-1944) a joué un rôle essentiel pour promouvoir une nouvelle analyse des usages. Sa réflexion sera reprise en France à partir des années 1910. C. Vivante est nommé professeur ordinaire à l'Université de Parme en 1882 puis à Bologne, avant de rejoindre l'Université de Rome en 1898. Ses travaux développent notamment l'idée polémique à la fin du XIX^e siècle d'un système unitaire par l'abandon de la distinction entre droit civil et droit commercial⁵⁶. Cette thèse a été présentée à l'ouverture de son cours de droit commercial à l'Université de Bologne en 1888. Elle a été critiquée par les professeurs Sacerdoti de Padoue, Goldschmidt de Berlin et Cohn de Heidelberg⁵⁷. Vivante est également l'auteur remarqué d'un *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale* en 1893 présenté par Alfredo Rocco comme la première étude présentant un « caractère systématique et scientifique » du droit commercial italien établi à partir de « l'importance du fait pour la connaissance de la norme »⁵⁸. Ces développements, en particuliers pour les usages, ont recours principalement aux écrits d'auteurs italiens, allemands et français, mais aussi aux recueils des 11 chambres de commerce en Italie et aux décisions de différentes cours d'appel (Gênes, Venise, Bologne) et de Cours de cassation (Rome, Florence, Turin). Ce travail pionnier et novateur a eu une influence sur la doctrine⁵⁹. Son analyse et sa réflexion relatives aux sources du droit commercial et tout particulièrement aux usages constituent des éléments remarquables dont la réception en France apparaît féconde.

⁵³ F. Gény, *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, I, p. 361.

⁵⁴ F. Gény, *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, I, n° 119, p. 360 note 4.

⁵⁵ Vivante mentionne la distinction entre les usages qui ont une « force législative » et ceux qui ont une « force contractuelle » en citant notamment Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, t. I, Stuttgart, 1891, § 35 note 5 et s. ; Lehmann, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Leipzig, 1905, § 9, n. 2 et 4 ; Laband, « Die Handels-Usancen », *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, XVII, 1873, p. 466-511 et spécialement p. 467.

⁵⁶ C. Vivante, *Il contratto di assicurazione*, 3 vol., Milano, 1885-1890 ; *Istituzioni di diritto commerciale*, Milano, 1891 et *Trattato di diritto commerciale*, 4 vol., Torino, 1893-1901 ; B. Libonati, L. Farenga, U. Morera, G. L. Brancadoro, « La Rivista di diritto commerciale (1903-1922) », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16, 1987, p. 343-374 ; P. Grossi, « La scienza del diritto privato », *Una rivista progetto nella Firenze di fine secolo (1893-1896)*, Milano, 1988, p. 65 sq.

⁵⁷ A. Rocco, « L'opera scientifica di Cesare Vivante », *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, vol. 1, Roma, 1931, p. XI-XIX. La pensée de Vivante est réaffirmée dans un article de la *Rivista Italiana per le scienze giuridiche* et repris dans les *Annales du droit commercial*, « Un code unique des obligations. Histoire et Polémique », 1893, p. 1-21.

⁵⁸ A. Rocco, « L'opera scientifica di Cesare Vivante », *Studi di diritto commerciale...*, *op. cit.*, p. XVI et p. XVII.

⁵⁹ A. Rocco, « L'opera scientifica di Cesare Vivante », *Studi di diritto commerciale...*, *op. cit.*, p. XVII : « Ma Vivante scrisse il suo Trattato quando la maggior parte delle dottrine del diritto commerciale era stata appena sfiorata : egli dovette, si può dire, crearle ex-novo. Più che un trattato, cioè una riorganizzazione sistematica della materia, l'opera del Vivante è une rielaborazione originale. La teoria delle fonti, quella della rappresentanza, la trattazione dei titoli di credito, quella della società furono, nel momento della loro apparizione, sistemazioni nuove di temi che non avevano mai avuto una vera ed organica elaborazione scientifica. Alcuni dei risultati sono da considerare definitivi. Cito ad esempio la ripartizione degli usi, la ricostruzione unitaria della teoria dei titoli di credito, la disciplina della società irregolari. Ma in tutti gli argomenti toccati il Trattato segnò un'orma non cancellabile ».

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

Si Vivante évoque de manière indifférenciée la coutume et l'usage, l'intérêt de son analyse repose davantage sur la distinction entre les usages législatifs⁶⁰ et les usages interprétatifs. Dans sa présentation des sources du droit commercial, Vivante consacre des développements substantiels et nouveaux aux usages⁶¹. Après avoir évoqué leur importance, il définit les usages perçus comme une source générale de droit commercial. Ce sont « des règles de droit constituées par suite de l'observance des marchands... 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 choses⁶², et l'on doit l'appliquer sans se préoccuper de son observance antérieure »⁶³. Pour Vivante, « le consentement commun [...] est le fondement juridique de l'usage ». Il semble regretter l'approche trop « idéaliste » de l'École historique allemande et qui est suivie par les auteurs italiens. Il défend l'idée selon laquelle « l'observance de l'usage [doit être considérée] comme un élément effectif et imprescriptible pour la formation du droit coutumier »⁶⁴. C'est alors pour lui un processus dans lequel le juge joue un rôle en reconnaissant l'usage. Cependant la jurisprudence ne participe pas à la formation proprement dite de l'usage, seule la pratique commerciale intervient. Les usages correspondent à des « sources subsidiaires des lois commerciales »⁶⁵. Vivante, en raison de l'importance qu'il accorde à la pratique, valorise la place et le rôle des usages dans le droit commercial. Il reprend une distinction classique entre les usages suivant qu'ils sont généraux ou locaux et qu'ils sont généraux ou spéciaux. Comme pour bien d'autres auteurs, les critères d'application territoriale et de l'étendue du domaine sont retenus⁶⁶. L'intérêt de son analyse réside davantage dans les développements qu'il consacre à la preuve des usages. De manière incidente, il établit une distinction entre « la véritable nature juridique de la coutume » et « les usages interprétatifs » :

« Une doctrine erronée – à laquelle les auteurs français sont toujours fidèles [il cite Demolombe, Aubry et Rau ou encore Lyon-Caen et Renault] – 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. 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, qui entrent dans le contrat comme de véritables éléments de fait »⁶⁷.

8

Cette distinction permet ainsi de reconnaître à la première catégorie d'usages une fonction essentielle à l'instar de la loi dans la formation du droit commercial. Il considère qu'une fois prouvés, ces usages ont valeur législative. Cette preuve peut alors être rapportée de manière variée avec les jugements précédents, « l'opinion des auteurs qui, en fondant leurs études sur la pratique commerciale, peuvent être considérés comme des organes vivants de la conscience juridique nationale », les parères des chambres de commerce, les recueils officiels des usages de place, les contrats et les documents étrangers au litige, les témoignages des commerçants, des

⁶⁰ Le terme est employé par Vivante dans son *Traité de droit commercial*, Paris, 1910, p. 94 note 39.

⁶¹ C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale...op. cit.*, t. 1, § 1 et § 6, p. 64-86, 3^e éd. Milan, 1907 repris dans *Traité de droit commercial*, Paris, 1910, n° 8-19, p. 73-97.

⁶² Sur cette notion, voir en particulier J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, 1986, p. 20 ou encore p. 66.

⁶³ C. Vivante, *Traité... op. cit.*, n° 9 p. 74.

⁶⁴ C. Vivante, *Traité...op. cit.*, n° 10, p. 75 et note 2.

⁶⁵ C. Vivante, *Traité... op. cit.*, n° 13, p. 80.

⁶⁶ C. Vivante, *Traité... op. cit.*, n° 12, p. 79-80.

⁶⁷ C. Vivante, *Traité... op. cit.*, n° 17 p. 87-88.

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

courtiers, des capitaines experts dans la branche du commerce à laquelle se réfère la coutume⁶⁸. Une assimilation est ainsi opérée entre ces deux sources du droit. A côté de ces premiers usages qui ont une force législative, Vivante envisage les usages interprétatifs « qui ont une force purement contractuelle » :

« On doit regarder comme essentiellement distincts des usages qui ont une force législative, ceux qui ont une force purement 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... De cette différence nature dérive une diversité essentielle de régime juridique »⁶⁹.

Ces 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 usage⁷⁰.

C'est en raison de cette distinction entre usages législatifs et usages interprétatifs en droit commercial que l'analyse de Vivante est critiquée par une partie de la doctrine italienne comme Franchi ou de manière moins fondamentale par Bolaffio. Elle est aussi contestée par Sacerdoti ou Cohn pour l'assimilation opérée entre les usages du droit commercial et du droit civil. Elle est cependant reprise par Gino Magri⁷¹. La pensée de Vivante exprimée dans son traité va être diffusée en France et nourrir la réflexion en droit commercial sur la nature et la portée de la coutume et des usages.

La pensée de Vivante est connue en France par l'intermédiaire des *Annales de droit commercial* créées par Edmond-Eugène Thaller en 1886⁷². Elles rendent compte des publications du professeur italien, qu'il s'agisse des *Eléments de droit commercial*⁷³ mais aussi et surtout des quatre volumes de son traité dans sa version italienne et française⁷⁴. Dans la diffusion de l'œuvre de Vivante, deux moments peuvent être distingués. Jusqu'en 1910, ces travaux sont connus essentiellement à partir des comptes rendus publiés dans les *Annales de droit commercial*. La présentation de la distinction entre les usages législatifs et interprétatifs dès 1894 suscite de premières réserves⁷⁵. Le *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale* de 1893 traduit par Jean

⁶⁸ C. Vivante, *Traité... op. cit.*, n° 17, p. 89-93.

⁶⁹ C. Vivante, *Traité... op. cit.*, n° 18-19 p. 94-95.

⁷⁰ C. Vivante, *Traité... op. cit.*, n° 19, p. 95-96, le juge peut agir ainsi « encore qu'ils [les usages interprétatifs] 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 ».

⁷¹ 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.

⁷² 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^e siècle*, N. Hakim et F. Melleray (Études réunies par), Paris, 2009, p. 159-196.

⁷³ *Annales de droit commercial*, 1891, II, p. 144.

⁷⁴ *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.

⁷⁵ *Annales de droit commercial*, 1894, II, p. 237 : « 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

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

Escarra est publié en France en 1910 dans la *Bibliothèque internationale de droit privé et criminel*. La critique formulée en 1894 dans les *Annales de droit commercial* est reprise et développée en 1911. 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. Une conception unitaire de l'usage est ainsi défendue⁷⁶.

La réception de l'analyse développée par Vivante en matière d'usages va prendre d'autres voies. Tout d'abord, Thaller dans son *Traité de droit commercial* va faire référence à Vivante. Son introduction présente un « Historique de la législation du commerce et ses sources actuelles » dans les différentes éditions de son *Traité*. Il consacre un développement particulier aux usages en précisant qu'il y a lieu de « distinguer la coutume de l'usage ». La première est définie 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 »⁷⁷. Le second correspond à « ...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 »⁷⁸. A partir de cette distinction, il envisage à propos du seul usage deux questions : « 1° L'usage peut-il non seulement suppléer à la loi écrite en son absence mais encore y déroger ?... 2° La violation d'un usage par les juges du fond donne-t-elle ouverture à cassation ? ». Les solutions apportées par Thaller reposent sur la considération des usages comme une simple convention tacite. Aussi, à la seconde question, la réponse est négative. Pour autant lorsque des usages ont été légalisés, par exemple en matière de vente de marchandises avec la loi du 13 juin 1866, Thaller admet que leur violation entraîne cassation. C'est sur ce point qu'il va prendre en considération la pensée de Vivante. Celui-ci estime pour les « usages législatifs » que « la décision qui viole un usage reconnu par les premiers juges ou connu de la Cour suprême doit être cassée, parce que l'usage est une source de droit équivalant à la loi ». Pour les usages interprétatifs, il s'agit d'une appréciation de fait qui ne peut donner lieu à ouverture à cassation. Dans les trois premières éditions de son traité en 1898, 1900 et 1904, Thaller ne mentionne pas les travaux du professeur transalpin. A partir de la quatrième édition (1910), il rajoute, en référence à l'ouverture à cassation pour la violation d'un usage légalisé, une note de bas de page présentant la position de Vivante⁷⁹. La cinquième édition de Thaller en

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 ».

⁷⁶ *Annales de droit commercial*, 1911, p. 158 : « 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 persévérer des juristes de premier ordre qui tiennent avant tout à un droit intelligible ».

⁷⁷ E. Thaller, *Traité de droit commercial*, Paris, 4^e éd., 1910, n° 49, p. 41.

⁷⁸ E. Thaller, *Traité de droit commercial*, Paris, 4^e éd., 1910, n° 49 p. 42-43.

⁷⁹ E. Thaller, *Traité de droit commercial*, Paris, 4^e éd., 1910, n° 51, p. 44 note 1 : « Contrairement à notre doctrine, la science italienne tend à reconnaître deux sortes d'usages : - ceux qui ont force de loi parce qu'ils répondent à un « état de conscience juridique obligeant les commerçants à s'y soumettre », - et les usages n'ayant qu'une valeur contractuelle et interprétative ».

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

1916⁸⁰ mentionne le récent article de Jean Escarra publié en 1910 dans les *Annales de droit commercial*⁸¹ alors que l'édition française du traité de Vivante n'est pas encore parue. Un des intérêts de l'approche d'Escarra est de présenter le débat doctrinal relatif à la conception unitaire ou duale des usages, mais aussi de reprendre et de discuter la distinction principale de Vivante⁸². 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. A partir de ces conceptions présentées en 1910, la doctrine commerciale prend position et évolue dans sa réflexion sur les usages.

La critique formulée par Escarra à l'encontre de Gény tient à ce que seule la coutume se voit reconnaître un élément psychologique. Elle est dissociée des usages alors que pour Escarra l'usage de droit « ce n'est pas autre chose que la coutume »⁸³. Il constitue une « véritable règle de droit coutumier »⁸⁴. Ainsi la conception unitaire de l'usage et de la coutume est revue de manière divergente par Gény et Escarra. Pour le premier l'usage se distingue de la coutume, pour le second l'usage de fait se dissocie de l'usage de droit ou coutume. La doctrine commerciale défend tout au long du XX^e siècle une conception duale. Tel est le cas pour Lacour et Bouteron faisant directement référence à Gény⁸⁵ ou encore Hamel et Lagarde⁸⁶, Ripert (1880-1958)⁸⁷ et Julliot de la Morandière (1885-1968)⁸⁸. La dissociation ainsi progressivement opérée entre usage et coutume va se doubler d'une autre distinction entre les usages de fait et les usages de droit. Elle est reprise par la doctrine contemporaine voyant dans l'usage de fait 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 » et dans les usages de droit 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 »⁸⁹.

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^e siècle, les rapports qu'elle entretient avec la loi et la jurisprudence font aussi l'objet de discussions doctrinales.

⁸⁰ E. Thaller, *Traité de droit commercial*, Paris, 5^e éd., 1916, n° 51, p. 45 note 1.

⁸¹ J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *op. cit.*, p. 97-123.

⁸² J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *op. cit.*, p. 115-122.

⁸³ J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *op. cit.*, p. 118.

⁸⁴ J. Escarra, *Principes... op. cit.*, n° 35, p. 51.

⁸⁵ L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1925, n° 18, p. 14.

⁸⁶ J. Hamel et G. Lagarde, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 46-49, p. 55 et s.

⁸⁷ G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^e éd., t. I, n° 44-50, p. 22 et s.

⁸⁸ L. Julliot De La Morandière, Rodière, Houin, *Droit commercial*, t. I, n° 9, p. 10-11.

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

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

II – Une portée débattue

La fin du XIX^e siècle est marquée par « l'éclosion de la théorie pluraliste des sources du droit » marqué par la fin de l'omnipotence de la loi et une nouvelle présentation des sources⁹⁰. Gény propose une classification des sources formelles du droit. Dans la troisième partie de sa *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (« Esquisse d'un plan de reconstitution de la méthode et d'une théorie des sources »), il envisage ces sources formelles du droit privé positif et leur interprétation en débutant par la loi écrite, puis en examinant la coutume, et enfin en s'intéressant à l'autorité (jurisprudence et doctrine) et à la tradition. Les manuels et traités de droit commercial s'efforcent aussi de saisir ces différentes sources en envisageant spécialement les rapports de l'usage et de la coutume avec la loi (A) mais aussi avec la jurisprudence (B).

A – Coutume, usage et loi

La loi du 15 septembre 1807 n'a pas abrogé les anciens usages du commerce. Pour ceux apparus après la promulgation du Code ou ceux renouvelés par leur maintien dans la pratique, Gény considère que « la loi écrite n'a pas encore tellement pris le pas sur la coutume... et on peut s'en tenir à l'équivalence des deux sources »⁹¹. La position des auteurs de la doctrine commerciale sur l'existence d'un rapport « égalitaire » ou « hiérarchique » renvoie parfois de manière implicite à leur conception des relations entre droit civil et droit commercial. Delamarre et Le Poitvin défendent « le caractère non-déroatoire du Code de commerce et la force des usages » contre la critique de Gabriel Massé :

« Le Code civil et le Code de commerce sont deux lois spéciales et en même temps générales, indépendantes l'une de l'autre... Il n'est donc pas vrai que le Code de commerce soit une exception, une dérogation au Code civil... Il n'est pas vrai, comme les auteurs l'enseignent, comme l'a dit la Cour de cassation (Chambre des requêtes, 5 juill. 1820), que toutes les lois composant le Code civil sont applicables au commerce, dans tous les cas où la loi spéciale n'y a pas dérogé »⁹².

12

Thaller n'admet pas la force obligatoire de la coutume proprement dite. Pour lui, la coutume ne saurait être une source du droit en raison de la procédure de formation de la loi : « Aujourd'hui, l'organisation constitutionnelle, qui subordonne la confection des lois à une procédure parlementaire déterminée, ne permet plus de consacrer la coutume en tant que source du droit, au moins d'une manière franche et ostensible »⁹³. Lyon-Caen et Renault affirment que « l'usage n'a de valeur que par la volonté [expresse ou tacite] du législateur »⁹⁴. Escarra voit dans les « lois commerciales... que la cristallisation d'usages »⁹⁵ et lorsque l'usage est envisagé par le juge en tant que source autonome du droit commercial, il considère qu'il présente toujours un antagonisme avec la loi. Il n'a qu'une valeur conventionnelle. Il appelle de ces vœux une évolution qui prenne modèle sur l'Italie. L'usage aura alors « une valeur objective égale à la loi elle-même que quand il aura été reconnu par celle-ci sous forme de règle de droit obligatoire, et non plus sous forme d'interprétation de volonté... le Code de commerce italien de 1882 (article

⁹⁰ Ch. Jamin, Ph. Jestaz, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 130-139.

⁹¹ F. Gény, *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, I, p. 413.

⁹² J.-E. Delamarre et J. Le Poitvin, *Traité théorique...*, *op. cit.*, p. 37 et s., n° 32 p. 48.

⁹³ E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^e éd., Paris, 1910, p. 42.

⁹⁴ Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. I, 1898, n° 85 p. 73.

⁹⁵ J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *op. cit.*, p. 103.

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

1)... reconnaît également les usages de fait et les usages de droit : « En matière de commerce on doit observer les lois commerciales. Quand celles-ci ne disposent pas, on doit observer les usages généraux. A leur défaut on doit appliquer le droit civil »⁹⁶.

L'examen du rapport des usages avec la loi permet à la doctrine de déterminer s'ils peuvent l'interpréter, la suppléer ou lui faire échec. La doctrine reconnaît sans difficulté à l'usage un pouvoir interprétatif. Valéry l'affirme pour les clauses du contrat comme pour la loi aux termes de l'article 1159 du Code civil (« ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé »)⁹⁷. Sur le même fondement, Boistel considérait aussi que l'usage puisse permettre d'interpréter les conventions qui ne sont pas claires ou dans le cas de silence de la loi⁹⁸. Le pouvoir supplétif des usages est également reconnu. La justification est tirée d'un avis non publié du Conseil d'Etat du 13 décembre 1811⁹⁹ : « les tribunaux de commerce doivent juger les questions particulières qui se présentent suivant leur conviction, et d'après les termes et l'esprit du Code, et en cas de silence de sa part, d'après le droit commun et les usages du commerce ». Cet avis a été repris de manière constante par la doctrine commerciale au XIX^e siècle depuis Pardessus par Delamarre et Le Poitvin, Molinier, Boistel, Lyon-Caen et Renault. Boistel reconnaît aux usages un pouvoir supplétif s'appuyant sur le discours préliminaire de Portalis (« à défaut de texte établi 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 »). Il déduit aussi de l'article 1873 du Code civil relatif à l'application des usages commerciaux en matière de société un principe général d'application à l'ensemble du droit commercial¹⁰⁰. Semblable position est adoptée par Lyon-Caen et Renault¹⁰¹. Enfin, la question de la reconnaissance aux usages de la possibilité de déroger à la loi est plus discutée. Wahl considère que de plus en plus de dispositions des « lois commerciales deviennent impératives et les usages cessent de pouvoir y déroger »¹⁰². La question appelle néanmoins de la part de la doctrine commerciale des distinctions. Valéry défend l'idée que les usages ont force de loi et que « s'ils sont contraires à une disposition législative, ils auront le pouvoir de l'écarter en s'y substituant »¹⁰³. Une distinction doit être cependant posée suivant qu'un usage puisse écarter l'application d'une loi simplement interprétative ou déclarative et suivant qu'un usage ne puisse écarter l'application d'une loi impérative ou prohibitive. Il exprime là une position admise par la majorité de la doctrine. Boistel avait ainsi défendu la même idée au regard de la loi d'ordre public¹⁰⁴. C'est ce que Lyon-Caen et Renault admettent aussi sans mal¹⁰⁵. L'exemple type donné est celui de la loi du 3 septembre 1807 qui fixe le maximum du taux de l'intérêt conventionnel en matière de commerce (jusqu'à la loi du 12 janvier 1886 rendant libre le taux de l'intérêt). Une différence d'appréciation existe néanmoins entre Valéry et Thaller en relation avec la loi du

⁹⁶ J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *op. cit.*, p. 122.

⁹⁷ J. Valéry, « La coutume commerciale », *op. cit.*, p. 425.

⁹⁸ A. Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, 1876, p. 12.

⁹⁹ J. Valéry, « La coutume commerciale », *op. cit.*, p. 426.

¹⁰⁰ A. Boistel, *Précis...*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰¹ C. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e éd., Paris, 1889, n° 77, p. 67-68 et *Manuel de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1894, p. 12.

¹⁰² A. Wahl, Préface à C. Vivante, *Traité de droit commercial*, Paris, 1910, p. XI.

¹⁰³ J. Valéry, « La coutume commerciale », *op. cit.*, p. 427.

¹⁰⁴ A. Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, 1876, p. 13.

¹⁰⁵ C. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité...*, *op. cit.*, n° 82 p. 71 et *Manuel...*, *op. cit.*, p. 12.

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

13 juin 1866 qui a codifié les usages relatifs aux ventes commerciales¹⁰⁶. Pour Thaller, ces usages « érigés en lois véritables » ne peuvent être écartés par un contre-usage mais par une convention expresse¹⁰⁷, alors que Valéry considère que cela est possible. Une autre différence d'appréciation existe entre Valéry et Escarra quant à la question de savoir si un usage peut écarter les stipulations d'un contrat. Pour Valéry cela ne peut être envisagé, la convention ne pouvant être modifiée que du consentement des parties, alors qu'Escarra l'admet. Pour ce dernier, l'usage de fait en tant qu'expression de la volonté des parties ne peut déroger ni à la loi ni à la coutume. En revanche, l'usage de droit assimilé à la coutume peut déroger à la loi. Il le peut pour les lois impératives (par exemple dans le cadre du compte-courant avec la règle d'ordre public de l'article 1154 qui peut être écartée). De cette position Escarra en tire les conséquences en matière de hiérarchie des sources du droit commercial :

- « dispositions d'ordre public de la loi civile ou commerciale, ou même parfois, de certains usages de droit (...),
- convention des parties, ou leurs usages conventionnels, dans la mesure où ces conventions et usages ne sont pas contraires aux dispositions d'ordre public,
- usages de droit,
- dispositions interprétatives de la loi commerciale,
- dispositions interprétatives de la loi civile »¹⁰⁸.

Ayant la force d'« une convention tacite », l'usage ne peut prévaloir contre une loi d'ordre public sauf à acquérir un caractère « légitime ». Il est considéré par une large part de la doctrine comme une coutume en devenir que la jurisprudence consacrerait.

B – Coutume, usage et jurisprudence

L'analyse conceptuelle et historique développée par Lambert pour combattre la théorie classique de la coutume met en lumière le rôle essentiel joué par le juge. La coutume tire alors son autorité de « la jurisprudence [qui] est l'agent nécessaire de la transmutation du sentiment juridique en normes de droit [...] Les experts officiels – sorciers, prêtres ou pontifes des siècles anciens, juges modernes – n'assistent pas passivement à l'éclosion de la coutume ; sans leur secours elle n'arriverait point à se dégager de la gaine des mœurs ; ils sélectionnent, cultivent, émondent et redressent les productions spontanées de la vie juridique. Ils ont quotidiennement à faire acte de découverte et d'initiative, et à exercer au nom de la collectivité, le libre arbitre social »¹⁰⁹. Ce rôle du juge et les relations entre coutume et jurisprudence trouvent à s'exprimer dans la réflexion doctrine commerciale à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle. Thaller, comme Lambert puis Planiol¹¹⁰, associe coutume et jurisprudence. C'est à travers la pratique judiciaire

¹⁰⁶ P. Pradier-Fodéré, précise à propos de la loi de 1866 les interrogations présentes lors du débat parlementaire des relations entre loi et usage. Il cite le commissaire du gouvernement : « La loi a eu pour objet bien plus de déclarer les usages que de les réformer. En supposant qu'un usage local, absorbé dans l'usage général, se trouve distinct de la loi, il arrivera de deux choses l'une : ou la convention le reproduira exactement, si les parties le trouvent bon, et alors ce n'est pas l'usage ancien, c'est la convention qui prévaudra ; ou bien l'usage ancien n'aura pas été réservé expressément par la convention, alors l'usage général, confirmé par la loi, prévaudra : et c'est là l'utilité que présente la loi » La loi est « déclarative des usages les plus généraux, et non pas constitutive d'usages nouveaux », *Précis de droit commercial*, Paris, 2^e éd., 1872, p. 652.

¹⁰⁷ E. Thaller, *Traité...*, *op. cit.*, n° 51 p. 44 et n° 1001, p. 508.

¹⁰⁸ J. Escarra, *Principes...*, *op. cit.*, n° 38 p. 54.

¹⁰⁹ E. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, p. 802-803.

¹¹⁰ N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 325-327.

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

que Thaller envisage le phénomène coutumier. La coutume ne peut dès lors être perçue comme autonome mais simplement comme ayant un rôle supplétif et subsidiaire. Il reprend dans son traité l'idée du rôle des « jurisconsultes ou [d'une] élite en possession de la connaissance des lois » dans la formation de la coutume :

« il s'introduit, sous l'influence des hommes de loi ou des tribunaux, des préceptes de commandement ou de défense, qui comblent certaines lacunes législatives ou qui même dérogent à des textes promulgués... En principe, les règles ayant une semblable provenance ne méritent aucun égard, elles sont même attentatoires aux lois. Cependant il peut se produire en pratique un besoin sérieux de pouvoir, malgré l'abstention du pouvoir législatif, au redressement d'abus que les textes ne répriment pas. Il appartient au pouvoir judiciaire, pour aider à la marche du droit, de se substituer au Parlement et de consacrer le précepte nécessaire. Mais il ne peut le faire qu'avec extrêmement de mesure et que sous couleur d'interprétation, c'est-à-dire de façon détournée. Il doit user d'un raisonnement basé en apparence sur le droit écrit, en faisant dire par voie de scolastique aux dispositions promulguées autre chose que ce qu'elles renferment en réalité... La coutume manifestée par une seule décision judiciaire, n'est pas encore formée. Elle n'acquiert son autorité que par la reproduction d'arrêts rendus dans le même sens. Une thèse consacrée par deux ou trois décisions de la Cour de cassation, échelonnés sur une période de certaine durée, dispose d'une force difficile à ébranler »¹¹¹.

Pour Jules Valéry, la jurisprudence constitue « une des sources du droit coutumier »¹¹². Elle contribue à la formation de l'usage par l'existence de plusieurs décisions constatant son existence. La jurisprudence joue un rôle lorsque les tribunaux « fixent, par une série de décisions semblables, le sens d'une clause d'un usage courant » (compte-courant). La chambre des Requêtes, par son arrêt du 20 octobre 1920 (Robin c/Serenon), a ainsi consacré la présomption de solidarité en matière commerciale :

« selon un usage antérieur à la rédaction du Code de commerce et maintenu depuis, les tribunaux de commerce sont conduits à considérer que la solidarité entre débiteurs se justifie par l'intérêt commun du créancier qu'il incite à contracter, et des débiteurs dont il augmente le crédit ; qu'ils ne font ainsi qu'user du pouvoir souverain qui leur appartient en ce qui concerne l'existence de simples présomptions »¹¹³.

15

Escarra considère que « la jurisprudence ne donne pas et ne peut pas donner une conception satisfaisante relativement à la valeur juridique de l'usage »¹¹⁴. Elle adopte une attitude variable qui brouille la notion d'usage. Il s'attache à admettre que la connaissance personnelle par le juge de l'usage soit admise comme moyen de preuve¹¹⁵, comme cela est le cas en Allemagne. Son opinion diffère alors de la position majoritaire des auteurs comme Lyon-Caen et Renault¹¹⁶. Escarra précise que « pas plus qu'une règle de la loi écrite, l'usage de droit n'a besoin de la preuve judiciaire ».

Plus que tout autre question, celle de savoir sur la violation d'un usage donne lieu à ouverture à cassation a intéressé la doctrine à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. Elle est aujourd'hui de manière classique abordée dans les traités et manuels. On distingue l'usage conventionnel et l'usage de droit. Pour le premier, on considère qu'il doit être souverainement apprécié par les juges du fond et qu'il échappe ainsi au contrôle de la Cour de cassation. En

¹¹¹ E. Thaller, *Traité de droit commercial*, Paris, 4^e éd., 1910, n° 49 p. 42 et voir aussi la note 1.

¹¹² J. Valéry, « La coutume commerciale », *op. cit.*, p. 435.

¹¹³ D. 1920.1.161 et S. 1922.201

¹¹⁴ J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *op. cit.*, p. 115.

¹¹⁵ Req. 22 déc. 1903, D. 1903, 1. 149.

¹¹⁶ Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité...*, *op. cit.*, n° 80, p. 69-70.

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

revanche, elle contrôle l'application de l'usage de droit. On admet l'ouverture à cassation en cas de violation des juges du fond.

Cette position est défendue par la doctrine commerciale de la fin du XIX^e siècle. Elle va revêtir une importance manifeste à partir du moment où la distinction usage conventionnel et usage de droit est adoptée. Une jurisprudence constante depuis le début du XIX^e siècle affirme que la violation d'un simple usage, non consacré par la loi, ne peut donner ouverture à cassation¹¹⁷. Civilistes (Toullier, Duranton, Aubry et Rau) comme commercialistes (Massé¹¹⁸, Boistel¹¹⁹) expriment la même opinion. Pour Boistel, cette solution doit être retenue car la Cour de cassation n'a pas pour rôle de rendre « invariables [et] uniformes des usages » qui n'ont pas été consacrés de manière expresse par le législateur¹²⁰. Thaller affirme ainsi que « appliquer un usage, c'est statuer sur les intentions des parties, sur le 'fait' »¹²¹. Pour Lacour et Bouteron¹²² tout comme Bonnacarrère et Laborde-Lacoste¹²³, « l'erreur que peuvent commettre les juges en matière d'usages, étant une erreur de fait, et non de droit, ne saurait donner ouverture à un pourvoi en cassation ». La question ne peut se poser que pour les usages généraux¹²⁴. L'interprétation des volontés est du domaine des juges du fait¹²⁵. La justification avancée pour exclure la possibilité d'un pourvoi est double. D'une part, la Cour de cassation a été instituée pour assurer l'unité de l'application de la loi (et non des usages qui varient). D'autre part, l'application d'un usage renvoie à la volonté des parties, c'est une question de fait et non une question d'application d'une règle de droit.

Valéry rejette ces deux arguments¹²⁶. Sur le premier point, l'application d'un usage relève du principe de l'article 1134 Code civil et sa non application constitue une violation de la loi. Sur le second point, il considère que l'usage est une « règle de droit » que la Cour de cassation doit faire respecter. Il tire de l'interprétation de l'article 1873 du Code civil un principe commun à tous les contrats commerciaux et il en conclut que les usages du commerce et la loi sont « deux sources du droit [ayant] la même valeur ». Boistel admet aussi cette possibilité, sous peine de violation de la loi, lorsque la loi renvoie de manière expresse à l'usage¹²⁷. Escarra, de manière plus générale, considère que le pourvoi en cassation doit être admis pour les usages ignorés par la loi¹²⁸. De manière extensive, il préconise cette possibilité pour la violation d'un usage de droit et aussi pour les usages conventionnels. Gény a abordé aussi la question de savoir si la violation d'un usage, « juridiquement obligatoire », donne lieu à ouverture à cassation¹²⁹. Il propose que la Cour de cassation vérifie l'existence ou le défaut d'une coutume contestée¹³⁰. Lyon-Caen et Renault admettent que la Cour de cassation puisse contrôler l'application de l'usage une fois que

¹¹⁷ Pour une série d'arrêts en ce sens, Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité ...*, *op. cit.*, n° 85, p. 73 note 1.

¹¹⁸ G. Masse, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, Paris, 1874, I, n° 83, p. 72.

¹¹⁹ A. Boistel, *Cours de droit commercial*, Paris, 1890, n° 22, p. 15.

¹²⁰ A. Boistel, *Précis...*, *op. cit.*, p. 13.

¹²¹ E. Thaller, *Traité...*, *op. cit.*, n° 51 p. 44.

¹²² L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1925, n° 19, p. 16.

¹²³ Ph. Bonnacarrère et M. Laborde-Lacoste, *Précis élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., Paris, 1937, p. 8 note 2.

¹²⁴ L. Lacour et J. Bouteron, *Précis...*, *op. cit.*, n° 19, p. 16 n. 2.

¹²⁵ Civ. 25 mars 1908, D. 1910. 1. 454.

¹²⁶ J. Valéry, « La coutume commerciale », *op. cit.*, p. 433.

¹²⁷ A. Boistel, *Précis...*, *op. cit.*, p. 13.

¹²⁸ J. Escarra, *Principes...*, *op. cit.*, n° 35, p. 50-51.

¹²⁹ F. Geny, *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, II, n° 179, p. 200.

¹³⁰ F. Geny, *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, II, n° 179, p. 202.

Pour une version définitive et publiée : F. Garnier, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

les juges du fond ont vérifié l'existence de l'usage obligatoire¹³¹. Lyon-Caen admet le pourvoi en cassation lorsqu'un usage contraire à une loi impérative ou prohibitive a été admis¹³². La Cour peut connaître des motifs pour lesquels les juges du fond n'ont pas tenu compte d'un usage¹³³. Enfin, la question de l'usage légalisé va aussi intéresser la doctrine au regard de la loi du 13 juin 1866 relative à la vente commerciale. Thaller admet que la violation des usages insérés dans la loi donne ouverture à cassation¹³⁴. Jean Escarra adopte la même solution¹³⁵. Lacour et Bouteron vont dans le même sens. Ils considèrent que les usages repris par la loi de 1866 ont une « force légale supérieure à celle des usages ordinaires [...] : 1^o Ils ne peuvent être considérés comme abrogés par le fait qu'il se serait établi des usages contraires ; 2^o Leur violation donnerait ouverture à un pourvoi en cassation, comme celle de toute loi écrite »¹³⁶. Pour eux « la cassation serait encourue seulement dans le cas où un tribunal, après avoir constaté dans son jugement l'existence d'un usage, refuserait, sans aucun motif tiré des circonstances de fait, de l'appliquer au procès »¹³⁷.

*
* *
*

À considérer aujourd'hui les sources du droit commercial, et plus particulièrement les sources que l'on qualifie de non écrites, une distinction est généralement établie entre d'une part l'usage conventionnel et d'autre part l'usage de droit¹³⁸. Elle suscite néanmoins quelques réserves¹³⁹. A l'occasion des 200 ans du Code de commerce, François Terré a évoqué le caractère « artificiel » de la distinction usage et coutume¹⁴⁰. L'analyse a aussi été renouvelée par Pascale Deumier qui préconise de substituer le droit spontané à la coutume et de mettre fin à l'idée « de prestige inhérent au terme de coutume au détriment de l'usage »¹⁴¹. La fin du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle ont constitué un moment important dans le renouvellement de la science juridique française et en particulier dans son approche des sources du droit. Cela est aujourd'hui bien connu pour le droit civil, tel semble aussi le cas pour le droit commercial dans une certaine mesure. L'étude de la formation et de la réflexion doctrinale pour la matière commerciale ainsi que l'examen de la réception de théories formulées par la science juridique européenne mériteraient une attention renouvelée.

17

¹³¹ Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité...*, *op. cit.*, n° 85, p. 84-85.

¹³² C. Lyon-Caen et L. Renault, *Manuel de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1894, p. 13 note 1.

¹³³ Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité...*, *op. cit.*, n° 85, p. 73.

¹³⁴ E. Thaller, *Traité...*, *op. cit.*, n° 1001, p. 508.

¹³⁵ J. Escarra, *Principes...*, *op. cit.*, n° 35, p. 50.

¹³⁶ L. Lacour et J. Bouteron, *Précis...*, *op. cit.*, n° 786, p. 585.

¹³⁷ L. Lacour et J. Bouteron, *Précis...*, *op. cit.*, n° 19, p. 16

¹³⁸ Pour quelques exemples, R. Houin et M. Pedamon, *Droit commercial*, 9^e éd., Paris, 1990, p. 19-26. Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, 12^e éd., Paris, 2003, p. 26-29. J. Mestre, M.E. Pancrazi, *Droit commercial*, 27^e éd., Paris, 2006, p. 11-12. J.B. Blaise, *Droit des affaires*, 4^e éd., Paris, 2007, p. 24. F. Dekeuwer-Defossez, E. Blary-Clement, *Droit commercial*, 9^e éd., Paris, 2007, p. 16-18.

¹³⁹ A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, 1984. Antoine Kassis envisage, dans le cadre du droit interne et des relations internationales du commerce, les différentes conceptions théoriques développées au cours des XIX^e et XX^e s. tant pour la coutume que l'usage distingué de la coutume et la *lex mercatoria*. Il défend la thèse de l'unité de la théorie des usages du commerce.

¹⁴⁰ F. Terre, « Coutume et commerce », *1807-2007. Le Code de commerce. Livre du bicentenaire*, Paris, 2007, p. 48.

¹⁴¹ P. Deumier, *Le droit spontané*, Paris, 2002, p. 442-443.