

LES USAGES SONT-ILS ENCORE UNE SOURCE DU DROIT COMMERCIAL ?*

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE
GRAND' CHAMBRE DE LA COUR DE CASSATION - 20 JANVIER 2014

PAR PIERRE MOUSSERON**

1. « Indéniablement les usages jouent un rôle important dans la création du droit commercial »¹.

Extraite d'un des meilleurs manuels en la matière, l'affirmation, et l'adverbe qui l'assortit, paraissent limiter l'intérêt d'une interrogation sur la survie des usages.

2. Et, de fait, si on entend les usages comme des comportements déterminés, délimités et généralisés dans un marché, une profession ou une relation commerciale, ils apparaissent bien comme une source du droit commercial.

3. Ce sont d'abord des textes qui y font explicitement référence. Parmi les plus souvent invoqués, soulignons l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce qui renvoie aux « usages du commerce » pour apprécier la régularité des délais de préavis de rupture des relations commerciales. En matière d'arbitrage international, mentionnons l'article 1511 alinéa 2 du code de procédure civile qui énonce que le tribunal « tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce ».

4. Les références jurisprudentielles aux usages sont également encore nombreuses. Des avancées récentes sont d'ailleurs perceptibles.

C'est d'abord le cas en matière de contrats commerciaux à propos de la question de l'invocabilité spontanée des usages sans consentement préalable. Dans un arrêt du 7 février

2012, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a retenu une position favorable à leur invocation : « Que l'arrêt retient que le silence du contrat sur les tolérances n'exclut pas celles qui sont conformes aux normes usuelles... »². Jusque-là, la Cour de cassation se montrait plus sensible à une exigence d'adhésion aux usages préalable à leur invocation³.

Les usages sont toujours une source de détermination du contenu contractuel en application de l'article 1135 du code civil. Cette détermination aboutit d'abord à compléter le contrat en identifiant des obligations non-écrites. La Cour de cassation a ainsi implicitement reconnu au bénéficiaire des membres de certains réseaux de distributeurs un droit de préférence découlant des usages dudit réseau. Ce droit de préférence bénéficie à l'adhérent le plus proche en cas d'offre de cession d'un magasin exploité sous la même enseigne⁴.

Dans une autre décision de 2013, la première chambre civile de la Cour de cassation a complété cet effet créateur de contenu contractuel des usages par un effet réducteur de ce contenu. Statuant à propos d'une clause de non-concurrence, elle a jugé « que la clause insérée dans le contrat... bien que justifiée par un motif légitime, était prévue pour cinq ans, délai supérieur aux usages de la profession ; ... cette clause, par sa durée, était susceptible de porter une atteinte grave au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et que, dès lors, sa licéité n'apparaissait pas caractérisée avec l'évidence requise devant la juridiction des référés »⁵.

* Ce texte est la version écrite de la conférence prononcée le 20 janvier 2014 en la Grand'chambre de la Cour de cassation sous la présidence de Monsieur Raymond Espel, président de la Chambre commerciale, financière et économique, à l'invitation de Maître Georges Teboul, président de l'Association Droit & Commerce ... et par l'entremise de Monsieur le bâtonnier Jean-Marie Leloup.

** Pierre Mousseron est agrégé des Universités, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

1 - Y. Reinhart, S. Thomasset-Pierre et C. Nourissat, *Droit commercial*, 8^e éd. LexisNexis 2012, n° 52.

2 - Cass. com., 7 février 2012, n° 10-27.716.

3 - Cass. com., 16 décembre 1997, n° 95-18.586.

4 - Cass. com., 4 juin 2002, n° 98-20.314.

5 - Cass. civ. 1^{re}, 16 octobre 2013, n° 12-23.333.

La cour d'appel de Caen a récemment montré le profit qu'il peut y avoir à recourir aux usages pour apprécier le caractère manifestement excessif des clauses pénales⁶.

C'est surtout en matière sociale que la jurisprudence renvoie régulièrement aux usages. On connaît la triple exigence d'une pratique constante, générale et fixe⁷ pour que puisse se former un usage. On connaît les exigences d'information préalable et de préavis pour qu'un usage puisse être valablement dénoncé.

5. La doctrine contribue à cette découverte continue des usages. Notre collègue François-Xavier Lucas a ainsi identifié un véritable usage *contra legem* consistant à se dispenser du liquidateur requis par l'article 1844-8 du code civil en cas de liquidation judiciaire⁸.

6. Au sens plus matériel de « donnée profonde »⁹ du droit, les usages exercent aussi toujours une influence sur le droit commercial et sur la justice commerciale. Celle-ci explique notamment que les magistrats consulaires soient choisis par¹⁰ et parmi¹¹ des professionnels du commerce. Le récent rapport de l'Institut des hautes études sur la Justice invite à intensifier cette relation. L'une des recommandations qu'il émet invite à « développer la connaissance des usages professionnels » par les juges¹².

7. Plus généralement, les usages s'inscrivent dans le mouvement dit « post-moderne » qui substitue aux valeurs universelles et uniformes des solutions plus locales et graduelles.

8. Toutefois, des ombres planent sur le droit coutumier commercial.

Sociologiquement, les usages véhiculeraient une image vieillie.

Politiquement, l'inflation législative rongerait progressivement leur application. Il faudrait des lois pour tout : la cigarette électronique, le statut de la première dame... En aval, la

formalisation contractuelle accrue des relations en limiterait l'intérêt.

Cette menace d'asphyxie serait particulièrement perceptible devant les juridictions supérieures. Comme l'a observé le doyen Carbonnier à propos du Conseil d'État, « les conseillers, rompus au contrôle de légalité, ont une allergie au droit non-écrit, aux coutumes, au non-droit »¹³. Et force est de constater que juridiquement, la Cour de cassation a mis à l'écart certains usages. Pensons, par exemple, au rejet de l'usage, dit lombard, consistant à calculer sur 360 jours et non pas sur la base de l'année civile de 365 ou 366 jours que ce soit en matière d'intérêt légal, conventionnel ou de calcul du taux effectif global¹⁴.

9. Si les usages étaient encore une source du droit commercial, cette source serait en voie de tarissement.

Nous souhaiterions étudier cette intuition en examinant successivement les menaces qui pèsent sur le droit coutumier (I) et les ressources dont il dispose (II).

I - Les menaces sur les usages

A - L'assèchement

Les usages disparaissent par des mécanismes divers : dénonciation, désuétude, caducité... Ces causes de disparition naturelles ne paraissent pas aujourd'hui les plus inquiétantes pour la cause coutumière.

La menace la plus vive tient à la « règlementarisation » galopante du droit français qui assèche progressivement le terrain des usages.

1 - Ce phénomène est perceptible en droit interne. À titre d'exemple, depuis 2008, l'article L. 145-9 du code de commerce ne fait plus référence aux usages locaux pour définir la date d'effet des congés en matière de bail commercial¹⁵. Ce texte ne supprime pas les usages. Il

6 - CA Caen, 1^{re} ch. Civile, 7 janvier 2014, n° 12/03215.

7 - Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-15.378.

8 - F.-X. Lucas, *Vade mecum de la liquidation dite « amiable » des sociétés*, Bull. Joly sociétés 2009, p. 285, §58.

9 - J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 25^e éd. refondu de PUF 1997, p. 22.

10 - Articles L. 723-1 et s. du code de commerce.

11 - Articles L. 723-4 et s. du code de commerce.

12 - *La prudence et l'autorité, L'office du juge au XXI^e siècle*, Rapport de l'IHEJ, mai 2013, p. 179.

13 - J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, rééd. 2008, p. 65-66.

14 - Pour une dernière illustration de cette tendance : Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2013, n° 12-16.651.

15 - L'article L. 145-9 alinéa 1^{er} du code de commerce disposait : « les baux de locaux soumis aux dispositions du présent chapitre ne cessent que par l'effet d'un congé donné suivant les usages locaux et au moins six mois à l'avance ». Le nouvel article L. 145-9 écarte la référence aux usages et énonce désormais : « À défaut de congé ou de demande de renouvellement, le bail fait par écrit se prolonge tacitement au-delà du terme fixé par le contrat. Au cours de la tacite prolongation, le congé doit être donné au moins six mois à

élimine un renvoi, une référence. Tel le droit naturel, les usages subsistent. Mais de fait, les juristes seront réticents à les invoquer, dès lors que la loi ne les invitera plus explicitement à le faire.

2 - L'impact croissant du droit de l'Union européenne contribue à cette asphyxie des usages. L'exemple du secteur des appellations d'origine, notamment en matière viticole, est édifiant. Ce processus aboutit à une prise de contrôle de cette régulation par un système qui marginalise les usages.

En droit français, le système des appellations d'origine fait une place aux usages. L'article L. 115-2 alinéa 1 du code de la consommation dispose ainsi qu'« un décret en Conseil d'État peut délimiter l'aire géographique de production et déterminer les qualités ou caractères d'un produit portant une appellation d'origine en se fondant sur des usages locaux, loyaux et constants ».

Le droit plus spécial des appellations d'origine contrôlée est déjà moins favorable aux usages. Le Conseil d'État a ainsi rappelé que « si l'aire géographique de production et les qualités ou caractères d'un produit portant une appellation d'origine doivent être définis, en application des dispositions précitées du code de la consommation, sur le fondement des usages locaux, loyaux et constants, une telle obligation ne s'impose pas pour la reconnaissance d'une appellation d'origine contrôlée, en application des dispositions des articles L. 641-5 et suivants du code rural »¹⁶.

Le droit des appellations d'origine de l'Union européenne qui a vocation à se substituer au mécanisme français¹⁷ est encore moins disert sur les usages. Il met en place un système fondé sur des demandes d'enregistrement, là où le droit français des appellations contrôlées connaissait

l'avance et pour le dernier jour du trimestre civil ». Des professionnels se sont félicités de cette « modernisation » aux motifs qu'« en plus d'être surannée, la référence aux usages locaux était une source d'insécurité juridique » (S. Legrix de la Salle, JCP éd. E 2012, n° 509).

16 - CE, 9 février 2012, n° 335041. La juridiction administrative ajoutait que « l'article L. 641-8 du code rural précise d'ailleurs expressément que les dispositions précitées de l'article L. 115-2 du code de la consommation ne sont pas applicables aux produits d'appellation d'origine contrôlée » de sorte que « s'il est loisible à l'Institut national de l'origine et de la qualité (INAO) de prendre en compte les usages locaux, loyaux et constants pour définir le contenu des cahiers des charges relatifs aux appellations d'origine contrôlée, il n'est pas tenu de s'y conformer ». Dans le même sens : CE, 26 février 2014, n° 356103.

17 - V. Article L. 641-10 du code rural et de la pêche maritime.

un système de reconnaissance de droits reposant notamment sur des usages¹⁸.

B - Le brouillement

1 - Les usages ne relèvent clairement ni du droit ni du fait. La distinction entre le droit et le fait est au cœur de notre droit. Elle régit les devoirs respectifs des juges et des parties, les conditions d'admission des pourvois, de délimitation de l'amiable composition.

Pourtant, la doctrine a relevé des zones d'ombre s'agissant de la nature des usages au regard de leur contrôle par la Cour de cassation¹⁹. La distinction entre les usages conventionnels et la coutume ne peut en effet parfaitement expliquer les cas dans lesquels la Cour contrôle et ceux dans lesquels elle se range derrière les juges du fond. En matière de preuve, le régime est différent. La Cour de cassation exige que les parties rapportent la preuve de leur existence et de la consistance des usages²⁰.

Plus généralement, Nicolas Molfessis a montré que la pratique et le droit tendent à se confondre : « Toute création du droit participe d'un processus en quelque sorte circulaire, qui unit en son sein application et création. Entre la création et l'application, il n'y a pas une ligne verticale comme le présuppose l'hypothèse normativiste et légaliste, mais une figure circulaire, sans que le point de départ et le point d'arrivée ne puissent être clairement et toujours désignés »²¹.

Dans ce maelstrom, il serait vain d'isoler dans les comportements ce qui relève du fait et ce qui se rattache au droit.

2 - Les usages se confondent avec d'autres normes privées. Les usages sont régulièrement associés aux normes privées. Ils se trouvent emportés dans ce courant dans lequel ils perdent leur identité.

a - Les usages doivent d'abord composer avec les bonnes pratiques commerciales. Celles-ci sont notamment mises en avant depuis la création de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

18 - J.-M. Bahans et M. Menjucq, *Droit de la vigne et du vin, Aspects juridiques du marché vitivinicole*, Litec 2^e éd. 2010, n° 255.

19 - M. Salah. M. Mahmoud, *Usages commerciaux*, Rép. de droit commercial, Dalloz, n° 98 et s.

20 - Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation, Étude, *La preuve*.

21 - N. Molfessis, *Les pratiques juridiques, source du droit des affaires*, P. A. 27 novembre 2003, n° 237, p. 4.

Usages et bonnes pratiques diffèrent. Au regard des conditions, les pratiques ne supposent pas nécessairement l'observation de comportements répétés et généralisés. Au niveau des effets, les bonnes pratiques ont généralement simple valeur de recommandations.

Cependant, ces différences s'estompent. Dans certains cas, les textes confèrent aux bonnes pratiques une plus grande force en les désignant comme des « règles de bonnes pratiques professionnelles ». En application de l'article L. 612-29 1 al. 2 et s. du code monétaire et financier, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut ainsi « constater l'existence de bonnes pratiques professionnelles ou formuler des recommandations définissant des règles de bonne pratique professionnelle en matière de commercialisation et de protection de la clientèle ». En outre, plusieurs textes comme les articles L. 441-6, IV et L. 442-6, 7° du code de commerce entretiennent la confusion en soumettant expressément les usages et les bonnes pratiques à des prescriptions communes.

b - Une initiative plus récente témoigne d'une autre confusion. En mai 2013, le Syndicat national de l'édition (SNE) et le Conseil permanent des écrivains (CPE) ont conclu un accord visant à adapter le droit français aux nouveaux défis de l'ère numérique. Selon le communiqué de presse officiel, cet accord conduira à un projet de loi modifiant le code de la propriété intellectuelle et à l'adoption d'un code des usages qui « rédigé sous l'égide du ministère de la Culture aura vocation à s'appliquer à l'ensemble des auteurs et des éditeurs ». Ce code ne renverra pas à des comportements déjà observés, mais à des « modalités d'application des principes fixés par la loi »²². En outre, son régime s'éloigne largement de celui des usages. Le texte de l'accord prévoit que « ce code des usages » sera « rendu obligatoire à l'ensemble du secteur du livre par arrêté du ministre de la Culture ». Il sera révisé tous les cinq ans et toute partie qui entend le dénoncer devra le faire avec un préavis de trois mois à l'issue duquel les parties disposeront d'un nouveau délai de trois mois pour engager des négociations. Au-delà des mots, il s'agit d'une convention collective et point d'un code d'usages.

C - L'affaiblissement

Une troisième évolution menace les usages. Même lorsque la Cour de cassation les reconnaît, elle les affaiblit.

22 - Proposition de la mission Sirinelli du 25 février 2013.

1 - Cet affaiblissement des usages découle d'abord de leur subsidiarité. Leur invocation supposerait un consentement préalable²³. Un arrêt rendu le 26 mars 2013 par la Cour de cassation paraît symptomatique à cet égard²⁴. Après avoir admis qu'« il est d'usage dans le secteur de la grande distribution » de faire prendre en charge la taxe foncière par le preneur, la Cour de cassation neutralise cette affirmation au motif « que le bail ne comportait pas de clause mettant à la charge du preneur le paiement de la taxe foncière ».

Ce rapprochement est mortifère pour les usages en ce qu'il conduit à une assimilation des usages au contrat. La position de la Cour de cassation ne paraît pas établie en la matière. Dans l'affaire précitée du 7 février 2012, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait ainsi renvoyé aux usages sans référence au consentement²⁵. Le problème est d'autant plus délicat qu'il convient de le résoudre aussi au regard de textes internationaux qui n'exigent pas nécessairement un consentement pour pouvoir appliquer les usages²⁶.

2 - Cet affaiblissement découlerait aussi de l'infériorité des usages par rapport aux lois impératives, aux principes généraux²⁷ et aux conventions. À ce dernier titre, la cour d'appel de Versailles a récemment donné préférence aux statuts sur un usage pourtant longuement observé. Elle a ainsi jugé que « la circonstance que même pendant 40 ans, les parties... aient respecté

23 - À ce propos : Rebuttal Expert Report of Christiane Féral-Schuhl dans le contentieux *Bouygues Telekom v. Tekelec* devant la United States District Court, E.D. North Carolina, 2006, WL 6606451 (2006).

24 - Cass. civ. 3^e, 26 mars 2013, n° 11-24.311.

25 - Cass. com., 7 février 2012, n° 10-27.716.

26 - L'article 9.2 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises s'extrait dans certains cas de l'exigence de consentement. Il énonce ainsi : « 2) Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée. »

27 - Y. Reinhart, S. Thomasset-Pierre et C. Nourissat, *op. cit.*, n° 60. CA Toulouse 17 mai 2013, RG n° 11/03908: « Pour qu'une pratique d'entreprise, puisse être instituée en usage, il est nécessaire non seulement que cette pratique soit constante, générale et fixe, établissant la volonté non équivoque de l'employeur de s'engager envers ses salariés et de leur octroyer un avantage, mais également que cette pratique ne soit pas contraire à la loi et aux principes généraux du droit ».

entre elles une parité capitalistique... n'avait pas vocation naturelle et invariable à se maintenir pendant toute la vie de la société Esterra restant à courir »²⁸. Il n'est pas certain que cette solution soit opportune. Par exemple, dans les cas où la loi n'impose pas le mode d'envoi des convocations, ne vaudrait-il pas mieux qu'une pratique d'envoi par courriel l'emporte sur une exigence statutaire de lettre recommandée ?

II - Les ressources des usages

A - L'unité

Les distinctions sont souvent faites entre les usages selon qu'ils seraient de fait ou de droit²⁹, du commerce interne ou du commerce international³⁰, économiques, professionnels ou judiciaires³¹. Certes, des particularités existent. Ainsi la dénonciation des usages obéit en droit du travail à un formalisme particulier.

Toutefois, tous les usages sont des comportements auxquels on confère des effets de droit gradués eu égard à des exigences communes. Certaines sont objectives (détermination, délimitation, généralité) ; d'autres subjectives (invocabilité et légitimité). Cette identité justifie techniquement une certaine unité.

Plutôt que de morceler davantage le droit des usages, la finesse des analyses notamment en droit du travail devrait fortifier un droit commun en la matière. Cela est notamment vrai s'agissant de traiter des questions comme l'exigence de légitimité des usages. Le droit du travail est aussi un laboratoire coutumier précieux pour aborder des questions plus délicates encore, telles que celles relatives à la transmission³² ou à la modification³³ des usages.

28 - CA Versailles 22 mai 2012, RG n° 11/04433, *Veolia c. Sita*, Juris Data n° 2012-013399.

29 - Cette distinction est reprise par de nombreux ouvrages récents : B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 3^e éd. 2011, n°2 61 ; J. Julien et A. Mendoza-Caminade, *Droit commercial*, LGDJ Lextenso Editions, 2013, n° 29.

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

31 - N. Binctin, *Le rôle des usages dans l'évaluation des biens intellectuels*, Cahiers de droit de l'entreprise, juillet-août 2008, p. 30.

32 - La chambre sociale de la Cour de cassation a jugé « que l'obligation à laquelle est légalement tenu le nouvel employeur, en cas de transfert d'une entité économique, de maintenir au bénéfice des salariés qui y sont rattachés les droits qu'ils tiennent d'un usage en vigueur au jour du transfert, justifie la différence de traitement qui en résulte par

B - La visibilité

La rédaction et l'élaboration de recueils d'usages professionnels contribuent à une plus grande transparence des usages. Internet leur confère aujourd'hui plus de publicité et d'accessibilité³⁴.

En outre, plusieurs initiatives privées travaillent au rassemblement de ces recueils d'usages. En novembre 1982, le tribunal de commerce de Paris a ouvert un bureau de dépôt des usages professionnels. Toujours accessible, ce bureau présente néanmoins l'inconvénient de ne pas pouvoir être consulté à distance.

Depuis 2012, le site Legifrance, site officiel du gouvernement français renvoie explicitement à la bibliothèque des usages qui référence les usages reconnus par les textes, la jurisprudence ou les professionnels³⁵.

C - La vitalité

1 - Les effets des usages ne se limitent pas à une relation para-légale conflictuelle.

a - Le fameux triptyque de Geny distinguant les usages *secundum*, *praeter* et *contra legem* a concentré l'examen de l'usage par rapport à la loi. Si elle est toujours populaire dans les amphithéâtres, cette construction n'est guère suivie ni par les professionnels dans leurs codes d'usage ni par les tribunaux. La faiblesse principale de cette trilogie tient d'abord à son légicentrisme.

Les usages servent bien plus souvent à compléter les contrats que la loi. Les usages sont une source de détermination du contenu contractuel. Cette détermination aboutit d'abord à compléter le contrat en identifiant des obligations non-écrites.

Les usages exercent aussi un effet de facilitation des contrats grâce à la standardisation. L'existence de barèmes, de contrats-types et de clauses usuelles accélère les processus de négociation et améliore la qualité technique des contrats.

rapport aux autres salariés » (Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-14.614).

33 - Dans un arrêt du 10 octobre 2013, la chambre sociale de la Cour de cassation a admis qu'une note d'information d'un employeur puisse efficacement modifier un usage (Cass. soc., 10 octobre 2013, n° 12-14.247).

34 - P. Mousseron, *Le renouveau dans la preuve des usages : des parères aux opinions de coutume*, Journal des sociétés novembre 2011, p. 20.

35 - bibliothèque-des-usages.cde-montpellier.com.

Encore plus souvent, les usages prennent place dans les pratiques de l'administration. Celle-ci encourage de nombreux comportements non prévus par les textes. Pensons ici aux pré-notifications dans le cadre du contrôle communautaire des concentrations.

b - La conception de Gény a aussi contribué à présenter une vision conflictuelle des sources mettant en lumière la question lancinante des usages *contra legem* et la réponse classique selon laquelle les usages ne peuvent déroger à la loi impérative.

L'importance de cette question paraît exagérée. On peut en effet placer les usages et la loi dans deux espaces distincts qui parfois se recoupent et parfois se heurtent mais qui n'ont pas à se placer dans une relation hiérarchique. Certains auteurs résolvent ainsi cette question entre la loi et les usages en considérant qu'« *en cas de contrariété, la règle la plus juste, la plus raisonnable doit l'emporter* »³⁶. Cette position nous paraît plus adaptée aux relations modernes entre la loi et les usages. Les deux sont dans des champs différents et ont des effets différents.

2 - La force normative des usages ne se limite pas à une force contraignante. À la lumière des travaux de Catherine Thibierge³⁷, on observe que le droit ne se cantonne pas à des règles contraignantes. Il comprend aussi de plus en plus de prescriptions qui même si elles sont moins coercitives exercent un effet normatif. Les usages nous dictent ainsi les attitudes à adopter lors des audiences, des demandes d'autorisation, des réunions, des repas, des cocktails... Les usages s'inscrivent parfaitement dans la force variable, évolutive et graduée de ces nouveaux pans du droit.

S'il n'est pas assorti d'un caractère contraignant, cet effet des usages n'en est pas moins juridique. Le fait que cet effet soit indirect grâce à des mécanismes tels que la responsabilité civile ou *de facto*, ne lui enlève pas cette caractéristique.

En conclusion, et de façon prospective, le futur des usages peut s'analyser sous un angle professionnel, pédagogique ou réglementaire.

– D'un point de vue **professionnel**, la prise en compte des usages pourra dans un premier temps compliquer la prestation juridique. Toutefois, leur évocation nous semble préférable à la situation d'angle mort du droit dans lequel elle se situe trop souvent aujourd'hui. Leur présentation enrichit la prestation attendue des clients, singulièrement en matière internationale. Plus généralement, le respect des usages est un signe de professionnalisme.

– Plus en amont, d'un point de vue **pédagogique**, l'enseignement ne doit pas se limiter à l'enseignement des sources écrites. Il doit aussi porter sur l'application concrète du droit et sur les comportements à adopter.

– Plus en amont encore, d'un point de vue **réglementaire**, le droit français a fondé sa réputation sur un droit écrit et plus encore sur un droit codifié³⁸. Ces caractéristiques lui ont longtemps permis son exportation. À l'ère des moteurs de recherche, les codes français semblent avoir perdu ce pouvoir d'attraction pour les professionnels. La codification a outrance aboutit à des résultats curieux en disséminant les dispositions légales applicables au règlement de certaines questions entre plus de 60 codes aujourd'hui référencés sur Legifrance. Pensons par exemple à la réglementation des sociétés cotées qui relève du code civil, du code de commerce, du code monétaire et financier et du règlement de l'Autorité des marchés financiers. Pour les justiciables, la codification illustre de plus en plus un système de régulation vieillot ou déshumanisé.

Dans cette nouvelle époque où les sources du droit sont aussi privées que publiques, le modèle français ne pourra continuer à être force d'attraction en cherchant à donner aux pouvoirs publics le monopole de la régulation. À l'autre extrême, une régulation purement privée est également difficile à envisager. Le moment est peut-être venu pour le législateur de faire confiance à ces sources privées. Le virage semble d'ailleurs pris. Le Conseil d'État a ainsi consacré son étude annuelle pour 2013 au « *Droit souple* »³⁹.

36 - Y. Reihnard, S. Thomasset-Pierre et C. Nourissat, *Droit commercial*, 8^e éd., LexisNexis, 2012, n° 60.

37 - C. Thibierge et alii, *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ – Bruylant, 2009. L'auteur insiste sur le caractère variable, évolutif et gradué de cet effet, sp. p. 757 et s.

38 - R. Cabrillac, *Le symbolisme des codes, Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz-PUF-JurisClasseur, 1999, p. 211.

39 - Conseil d'État, *Étude annuelle 2013, Le Droit souple*, La documentation française 2013.

En matière financière, le législateur confie ainsi à des autorités le pouvoir de reconnaître des bonnes pratiques « constatées ».⁴⁰ Les usages ne sont pas cités. Mais c'est bien leur substance qui est reconnue au travers de ce type de pratiques.

Cette délégation peut être une des voies d'avenir pour le droit commercial français. C'est aussi une façon pour les usages de rester une source forte du droit commercial.

40 - L'article L. 612-29 1 al. 2 et s. du code monétaire et financier dispose que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution « ... publie un recueil de l'ensemble des codes de conduite, règles professionnelles et autres bonnes pratiques constatées ou recommandées dont elle assure le respect ».