

À L'ORÉE DU DROIT DES MARCHANDS : LES PARÈRES

On épargnera au lecteur la litanie de citation des sources ordinaires du droit commercial. Rappelons juste que tout au bas de la liste figurent les usages, et là se situe notre point d'ancrage pour les propos qui vont suivre. Jean Escarra nous absout par avance de notre imprécision à venir : « L'usage estompe les contours de la loi et de la convention, tenant entre eux le rôle d'une valeur de transition, zone de clair obscur dans le tableau, où toutes les oppositions viennent s'atténuer et se fondre. Il apporte le trouble dans les notions géométriques des jurisconsultes »¹. Les discussions autour des usages, de leur nature, de leur force contraignante sont anciennes et diverses. Nombre, depuis les Temps Modernes, tournent autour de la place qu'ils peuvent occuper dans le cadre d'un État souverain législateur et la fatale hiérarchisation des normes qui en découle². Le légicentrisme issu de la Révolution allait crispier davantage encore les débats autour de la place à accorder aux sources de droit spontanées au regard de celle, désormais outrageusement prédominante, de la loi, expression de la volonté du souverain.

Les sources extra-légales devaient *a priori* souffrir de la rédaction du code civil, l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII leur laissant peu

1. J. Escarra, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *Annales*, 1910, p. 4. Opinion à rapprocher de M. Pedamon, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *RTDcom.*, 1959, p. 356 : « Il est vrai qu'avec les usages et les coutumes on touche au mystère de la formation du droit et qu'il est impossible d'atteindre à une rigueur totale dès lors qu'on rejette les conceptions purement formelles de l'ordre juridique, les seules qui, sacrifiant certains aspects de la réalité, satisfont pleinement la logique. [...] il faut s'accommoder d'un certain relativisme ».

2. Voir notamment sur ce point les propos de Bruno Oppetit, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *APD*, t. 27, p. 43-48. Ainsi : « Cette dogmatique des sources du droit, encore largement prédominante dans la pensée juridique contemporaine, même si elle ne paraît pas toujours liée à une croyance mystique dans la suprématie de la loi et de l'État, n'a pourtant pas échappé à une remise en cause en ce qu'elle a d'essentiel, à savoir sa prétention à constituer un système clos ne laissant aucune place à des normes d'autres origines : cette vocation du positivisme légaliste à l'exclusivité de la genèse des règles de droit a été critiquée de divers côtés au nom du pluralisme des méthodes et des sources » (p. 46).

de champ³. La question ne se présentait cependant pas sous le même angle dans ce que l'on appelle, depuis 1808, le droit commercial. En premier lieu parce que les carences du code de 1807 magnifiaient le rôle d'un code civil régissant les arcanes des grands contrats traditionnels (vente, louage, société, mandat). Ensuite parce que ses lacunes laissaient le champ libre à la perpétuation des modes de construction traditionnels, nés des pratiques des acteurs de ce que l'on avait appelé jusqu'alors le droit des marchands. Pour simplifier, l'on restreindra ces sources extra-légales dans l'expression synthétique de *d'us et coutumes* marchands.

Quelle place conservaient-ils au terme de la codification de 1807 ? Que recouvraient en outre ces expressions en matière commerciale ? Étaient-elles synonymes ou distinctes ? Il s'agit là d'une question qui a pu être âprement discutée et dans le détail de laquelle il serait inopportun de s'aventurer ici, quoiqu'il faille toutefois en évoquer quelques linéaments en guise d'introduction.

Sans évoquer spécifiquement le droit des marchands, on a pu écrire que l'ancien droit distinguait usage et coutume. Une référence ancienne au problème se trouve comme on le sait chez Beaumanoir hiérarchisant les deux sources⁴. Synthétiquement, l'usage pouvait être assimilé à une coutume non rédigée⁵, la force de la sanction

3. Article 7 de la loi du 30 ventôse an XII : « À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code. » Sur cette question, voir la contribution de N. Gras, « Persistence de la coutume en droit civil (parallèle avec le droit commercial) », *La Revue*, 2013-2, p. 82 et s. Cf. J. Krug-Base, *De l'office du juge en matière civile : manuel pratique à l'usage des magistrats composant les juridictions civiles*, Paris, 1862, p. 196-197 : « L'usage [...] pourrait-on dire, conservait force de loi lorsqu'il s'agit : de déterminer les obligations de l'usufruitier d'une pépinière ou de bois de haute futaie (art. 590 et 593 C. civ.) ; de régler l'usage que les propriétaires de terrains riverains peut faire de l'eau courante (art. 644 et 645) ; de déterminer la hauteur exigée pour la clôture faisant séparation des maisons dans les villes et les faubourgs (art. 632) ; de fixer la hauteur à observer pour la plantation des arbres de haute tige (art. 671), et pour la construction des puits, fosses d'aisance, cheminées et âtres (art. 674) ; de déterminer certaines clauses et conditions non spécialement prévues, par les parties, dans les contrat de louage (art. 1736, 1738, 1753, 1754, 1755, 1759, 1777) ».

4. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, 6^e éd., Paris, Salmon, ch. XXIV, n° 684 : « La disférence qui est entre coustume et usage, si c'est que toutes coustumes sont à tenir ; mais il i a de teus usages que qui vourroit pledier encontre et mener dusques a jugement li usages seroit de nulle valeur ».

5. Voir 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 », *RHFD*, n° 18, 1997, p. 125 et s. « À l'issue de la campagne de rédaction [issue de l'édition de l'ordonnance de Montils-lez-Tours de 1453] on ne parle plus d'usage et coutumes » mais de « coutumes », car désormais les deux notions sont absolument dissociées : à partir du XVII^e siècle, en effet, c'est exclusivement la coutume rédigée qui est qualifiée de coutume » (p. 129). On

royale lui manquant en outre à compter l'ordonnance de Montils-lez-Tours ⁶. Mais, en droit des marchands des Temps modernes, on ne peut pas conclure à une hiérarchisation entre usage et coutume du point de vue de leur force normative. Au contraire, l'emploi simultané des deux expressions ne traduit pas, ce nous semble, une telle distinction. Les deux termes paraissent plutôt indifférenciés quant à leur fonction, notamment chez Savary. S'il répète à loisir que l'usage des marchands, fondé sur la droite raison, constitue le droit des marchands ⁷, il le place aux côtés de la coutume comme source de ce droit ⁸.

regrettera que cet article passionnant ne fasse pas état du sort des us et coutumes commerciaux. Voir également Ferrière, *Introduction à la pratique...*, Lyon, 1697, « Coutume ». Le *Répertoire* de jurisprudence de Dalloz évoque la même idée en précisant que « sous cette dénomination d'usage sont comprises les règles introduites par les mœurs et la tradition » (cité p. 156 de l'étude de J. Moreau-David).

6. *Ibid.*, p. 139 : « Ainsi, alors que l'usage était jusque-là l'élément matériel permettant l'émergence de la coutume, il prend désormais le sens autonome de « commune observance formée d'une multitude d'actes dans une suite dans une longue suite d'années » (*Journal des Audiences*, t. 3).

7. La même expression se retrouve au sein du parère n° LV in J. Savary, Préface au vol. 2, *Parères*, de son ouvrage *Le Parfait Négociant*, éd. Éd. Richard, Genève, Droz, 2011, p. 1620 : « [...] l'usage qui se pratique en pareille rencontre parmi les marchands et négociants, qui est leur droit, et qui est fondé sur la droite raison [...] ». De même encore au sein du parère LXV ou encore du parère LXXXV (p. 2047) : « Tout ce qui a été dit ci-dessus est une jurisprudence mercantile et consulaire qui ne reçoit point de difficulté, parce qu'elle est fondée sur l'usage qui se pratique dans le commerce entre les marchands et négociants en ces sortes d'affaires, qui est leur droit, suivant le sentiment de tous les docteurs et légistes, quand il est conforme à la droite raison sur quoi toutes les lois sont fondées ». Voir aussi Savary des Bruslons, *Dictionnaire Universel du Commerce*, Paris, Estienne et fils, 1748, t. 3, v° *nom social*, p. 582 : « l'usage établi entre les marchands, négociants et banquiers (qui est leur droit) ».

8. Parère n° XIII (p. 1489) : « Ainsi le soussigné estime que dans l'affaire dont il s'agit, il faut suivre cet usage, parce que dans les affaires mercantiles on doit toujours avoir égard à l'usage et à la coutume des marchands et négociants, parce que c'est leur droit, qui est de leur intelligence, et qu'ils établissent sur la droite raison, sur laquelle toutes les lois sont fondées ». Parère XLVII (p. 1795) : « La seconde, si le porteur faisant protester la lettre dans les dix jours après celui du 3 juillet, qu'il prétend être échue, le protêt sera bon et valable pour retourner sur son endosseur, ou sur le tireur et les précédents endosseurs, pour se faire rembourser des 682 livres portées par icelle lettre, avec les changes et rechanges, ainsi que c'est la coutume ». Parère L : « Ainsi quoiqu'il ne soit point stipulé par l'acte de société entre Pierre et Guillaume le 5 mars 1664, qu'il sera permis aux associés de prendre de l'argent de la société en payant l'intérêt, ou bien d'en donner en lui payant l'intérêt, la coutume et l'usage établi parmi les gens de commerce les règlent au défaut desdites stipulations ; cela est fondé sur les raisons ci-dessus déduites ». Parère LVII (p. 1903) : « Mais il n'y a pas d'apparence que Robelot ait donné de l'argent à Royer à la grosse aventure ; car si cela était ainsi, il lui aurait fait un contrat à la grosse aventure, qui se fait sous seing privé aussi bien que par-devant notaire, suivant les us et coutumes de la mer, et apparemment cette valeur reçue en grosse aventure, portée par ledit billet, n'a été que pour avoir la contrainte par corps ». Parère LXV (p. 1930) : « Tout ce qui vient d'être dit touchant ces quatre sortes de sociétés, est la coutume et l'usage, non seulement des marchands et négociants de France, mais encore de ceux de toutes les nations de l'Europe, qui a été confirmée par plusieurs arrêts de toutes les cours souveraines du royaume ».

Quoique nombre d'usages aient été mis par écrit dans le droit statutaire italien médiéval ou en droit corporatif français, insérés au sein de recueils (tels les *Jugements ou Rôles d'Oléron* ou le *Consulat de la Mer*)⁹, il n'en demeurait pas moins une place extrêmement remarquable accordée, de fait, aux pratiques verbales, informelles, dans le monde des échanges. Le droit des obligations commerciales restait ainsi souple et surtout extrêmement varié selon les endroits.

Les codifications du début du XIX^e siècle devaient entraîner, entre autres conséquences, la relégation des usages et coutumes au rang des sources qualifiées de non-écrites¹⁰, quitte à les confondre sous le seul nom de coutume¹¹. Mais, encore une fois, le sort des usages commerciaux, en droit post-révolutionnaire, ne pouvait, fondamentalement, être le même que celui des usages civils. La raison en était claire : l'incapacité ontologique du code de commerce à régir l'universalité des besoins des marchands. De ce point de vue, et à maints égards, on ne peut prétendre que le code de 1807 ait pu être un fossoyeur aussi efficace des usages marchands que ce qu'avait pu être son aîné civiliste pour ses propres ouailles. En outre, le constat que font les commercialistes Delamarre et Le Poitvin quant à l'incapacité qu'avait déjà la coutume civile à régir les besoins du commerce des

9. Voir les *Us et coutumes de la mer* de Cleirac (1569).

10. F. Garnier, « La coutume et les usages en droit commercial à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle. Une distinction sous influence », *La Revue*, 2013-2, p. 7 : « Pour la doctrine commerciale, qui admet cette différenciation entre droit écrit et droit non écrit, les conclusions sont différentes [de celles de la doctrine civiliste]. Seule la loi correspond au droit écrit. La coutume et l'usage sont assimilés et ils sont considérés comme relevant du droit non écrit. À la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, leur formation fait apparaître l'unité de ce droit non écrit en référence à la nature conventionnelle de ces créations extra légales ».

11. Ainsi dans son chapitre consacré à *La Coutume*, le commercialiste Frémery explique que : « Le droit commercial a été établi par la coutume constante des commerçants [...] À compter du XII^e siècle, les commerçants des diverses villes d'Italie, auxquels se sont joints successivement tous les autres commerçants des nations de l'Europe, ont pratiqué, pour les opérations du commerce, des conventions jusque-là inusitées et inconnues successivement ; ils en ont précisé les caractères et développé les conséquences, c'est l'ensemble de ces règles, adoptées par l'unanimité des commerçants, qui forme le coutume commerciale » (*Études de Droit commercial*, Paris, 1833, p. 3). Dans le même sens, voir Massé : « L'usage ou la coutume est l'habitude de faire une chose d'une certaine manière. Les premières coutumes commerciales sont nées au moyen âge, en Italie [...] Il fut alors naturel de donner à la coutume une autorité sur les conventions que la loi n'avait pu prévoir. Aussi voit-on chez les anciens auteurs italiens une tendance à faire prévaloir en principe la coutume des marchands sur les règles du droit civil » (*Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens*, Guillaumin, Paris, 1874, t. 1, p. 66). F. Garnier ajoute : « Contrairement à la conception classique développée dans l'Ancien droit, la doctrine commerciale du XIX^e siècle assimile l'usage à la coutume » (art. cité, p. 6).

Temps modernes peut, en outre et à notre sens, largement transcender le clivage ante/post codification ¹².

Comme l'affirment les deux auteurs :

« Les usages sont une nécessité de la législation. Pourquoi ? ni la loi ni la convention ne sauraient tout prévoir. On supplée donc aux choses omises sans intention de les exclure, par ce qui est d'*usage et d'équité* ¹³ [...] l'usage, digne de ce nom, n'est qu'une expression de la raison éternelle ¹⁴ ».

Portalis lui-même avait pourtant bien tenté, à l'orée de la discussion des dispositions du code Napoléon, de formuler que, même en matière civile, « une foule de choses sont nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage » ¹⁵. Sa position ne devait pas être suivie par les membres de la commission de rédaction ¹⁶. Les usages reconnus par le code civil seront portion congrue, les coutumes rédigées étant quant à elles fondues dans les dispositions mêmes du texte ¹⁷. Mais la matière commerciale ne pouvait se voir imposer un tel corset, bien trop étroit par définition. D'ailleurs, non seulement le code civil

12. « C'est par le commerce que les sociétés modernes se sont avancées dans la voie du progrès ; dès lors rien d'étonnant que le droit commercial ait, dans l'ordre de son développement, devancé le droit civil. *Les haut bornes et ceaux qui sont tenus au seigneur de foi, et le seigneur ayant lo fiés et chevaliers, ne doivent pas être menés come borgès.* Telle est en substance la coutume civile : distinction des personnes, distinction des héritages. Quant aux meubles, aux marchandises, à l'industrie, *mobilium vilis possessio*, la coutume civile n'y prend garde ; elle ne s'en mêle que sous le rapport de la distinction des privilèges, de la catégorie des personnes, ou de la juridiction. Régir cette foule de conventions qui sont la vie d'un peuple, est au-dessus de son esprit et de sa portée ; elles lui échappent, elles restent soumises à la règle du juste et de l'injuste et aux déductions de cette règle. Ainsi, en ce point, la coutume civile est forcée de puiser à la même source que la coutume commerciale, et la source est assez abondante pour fournir aux besoins de l'une et de l'autre. Le législateur s'occupe-t-il du commerce, c'est pour définir les actes de commerce, la profession du commerçant, la juridiction commerciale ; mais par quels principes sont régies les transactions elles-mêmes ? on n'en pose aucun. Le droit naturel ou la coutume sert de règle. Le législateur veut-il convertir en loi certaines de ces règles ? il a consulté l'équité et l'expérience, et jamais sa formule n'est plus exacte et plus juste que quand elle exprime un principe du droit des gens. Quant à la coutume civile qui est regardée comme le droit commun, il se garde d'y renvoyer ; car elle est territoriale, morcelée, incohérente, arbitraire, capricieuse. Or il faut au commerce des règles que tous puissent comprendre et reconnaître obligatoires ; et comment les emprunter à une coutume qui, par essence, ne peut avoir aucun caractère d'universalité » (*Traité théorique et pratique de droit commercial*, Paris, Hingray, 1861, t. 1, p. 29-31). On pourrait leur rétorquer que l'infinie variété des usages locaux en matière commerciale ne constitue pas spécialement un facteur d'unité non plus...

13. *Ibid.*, p. 54.

14. *Ibid.*, p. 58.

15. Portalis, *Discours préliminaire...* in Loqué, t. 1, p. 260.

16. J. Moreau-David, *art. cité*, p. 149.

17. *Ibid.*, p. 153-155.

renvoyait parfois lui-même explicitement aux usages du commerce¹⁸, mais encore le Conseil d'État, par son avis du 13 décembre 1811, a-t-il pu clairement entériner le principe de leur maintien¹⁹. Une autre preuve, simple et claire, de leur pérennité réside dans les discussions sans fin qui, deux siècles durant, n'ont jamais provoqué un quelconque consensus sur l'opportunité de codifier la matière commerciale²⁰.

Les commercialistes du XIX^e siècle assimilèrent usage et coutume du commerce pour leur revendiquer une place éminente dans les sources constitutives du droit commercial. Dans la pratique, leur rôle devait, plus encore dans ce siècle de révolution industrielle, se révéler déterminant de l'essor fulgurant de ce droit que l'on n'étiquetait pas encore « des affaires ». L'empressement du législateur à s'inspirer des usages dès la seconde moitié du XIX^e siècle, sous couvert d'ailleurs de les contrôler, illustre à quel point leur rôle fut conséquent, quand bien

18. Art. 1135 C. civ. : « Les conventions obligent non seulement à ceux qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites utiles que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Art. 1159 C. civ. : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé ». Art. 1160 C. civ. : « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ». Voir encort l'art. L. 441-6 C. com. qui dispose que la communication par tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur de ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou à tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle, « s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession ».

19. Avis du Conseil d'État du 13 décembre 1811 (avis approuvé le 22 du même mois) : « Le Conseil d'État qui, d'après le renvoi à lui fait a entendu le rapport de la section de l'Intérieur sur celui du ministre de ce département, tendant à provoquer l'interprétation de quelques articles du Code de commerce ; Vu la loi du 16 septembre 1807 relative au mode à suivre pour l'interprétation des lois, EST d'avis qu'il n'y a pas lieu, dans l'état actuel des choses, à interpréter les articles du Code de commerce indiqués par le ministre de l'Intérieur ; mais que les tribunaux de commerce doivent juger les questions particulières qui se présentent, suivant leurs convictions, 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 ; sauf l'application précitée de la loi du 16 septembre 1807, dans les cas prévus par ladite loi. » (Loché, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Bruxelles, t. XI, 1837, p. 336). « L'État acceptant de donner force obligatoire à des usages qui ne naissent pourtant pas dans l'ordre juridique qu'il pose, parce qu'ils ne naissent pas non plus dans un autre juridique étatique mais bien parce qu'ils sont transnationaux » (C. Jallanion, « Introduction historique : de la règle coutumière à la règle transnationale », *Journal des Sociétés*, n° 92, nov. 2011, p. 19, renvoyant notamment au désormais classique A. Kassir, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, LGDJ, 1984, lequel est étrangement silencieux quant aux parères). On notera enfin que l'avis du Conseil d'État a pu trouver un champ d'application particulièrement large en matière d'usage de publication des ventes de fonds de commerce avant la loi de 1909.

20. L'intensification des discussions autour de cette thématique depuis les années 1990 n'a pas révélé plus de certitudes que n'en avaient produites toutes celles qui avaient précédé depuis la Révolution.

même gardaient-ils, « officiellement », une place minorée dans la hiérarchie des sources ²¹.

Pour une raison qui mériterait sans doute plus d'investigations ²², les débuts du xx^e siècle ont vu éclore un débat, passé sous silence depuis 1804, et tenant à la distinction des places et rôles respectifs de l'usage et de la coutume. Lancée par Gény, l'intérêt de cette discussion devait avoir une portée tout à fait remarquable en droit commercial (on ne peut à ce propos s'empêcher d'établir le parallèle avec le renouveau de la perception des sources constitutives du droit des affaires et la sortie de ce dernier du « code ghetto », du « borbier subjectiviste » où on a pu le dire confiné jusqu'alors) ²³. Mais enfin, quels étaient les termes du débat ?

21. Voir sur ce point J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, PUF, 1986, p. 109-111.

22. Quoiqu'il faille signaler ici les travaux récents de Florent Garnier (voir *supra*).

23. En effet, si l'on regarde quelques auteurs des xviii^e-xix^e siècles, on s'aperçoit que cette codification de 1673 ne représentait en réalité qu'une « esquisse du secteur de droit privé [...] mais n'était qu'un élément parmi d'autres concernant le commerce » (J. Hilaire, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 131). Guyot, dans son célèbre *Répertoire*, inclut le commerce dans la rubrique *Droit public*, mais il n'y a pas de rubrique « droit commercial » (trop étroit) ; Merlin fait de même. Au sein de l'*Encyclopédie méthodique*, le commerce est envisagé « comme partie soumise au gouvernement économique d'un État, comme une profession soumise à des règles et à une police qui lui est particulière » ; cette législation « est une des branches les plus importantes de la police de la société », etc. (*ibid.*, p. 129-130). Cette ampleur de vue paraît avoir disparu avec le code de commerce, peut-être en raison de la méfiance à l'égard des conséquences issues de la loi Le Chapelier et des dérives qu'elle entraîna. Cette distorsion entre le texte du code de 1807 et l'opinion de la pratique se vérifie encore dans le fait qu'elle a tardé ou a rechigné à assimiler cette notion de « droit commercial ». On en trouve des échos encore aujourd'hui (en tirant tout de même sur l'ambulance) lorsqu'est stigmatisé le « code-ghetto » des commerçants, l'« isolat juridique », cause de la véritable « mort » d'un droit commercial salutairement remplacé aujourd'hui par le droit des affaires (C. Champaud, *Le droit des affaires*, Paris, PUF, « Q.S.J. ? », 1984, p. 12). On trouve aussi chez cet auteur l'expression « cul-de-basse-fosse » pour stigmatiser le sort réservé aux institutions commerciales (les sociétés en l'occurrence) au sein des législations révolutionnaire et napoléonienne (« Catégories d'actions et pactes d'actionnaires » in *Prospectives de droit économique – Dialogues avec Michel Jeantin*, Paris, Dalloz, 1999, p. 162). En effet, le code de 1807 faisait apparaître les commerçants comme des suspects (faillis, etc.). C'est pourquoi l'élargissement des cadres didactiques du xx^e siècle ne constitue qu'un retour aux sources du droit à cette différence près toutefois que la doctrine moderne prétend bâtir une théorie. Hamel et Lagarde auraient ainsi joué un rôle déterminant dans la sortie du « borbier subjectiviste » en promouvant l'avènement d'une base objective constituée par l'entreprise, au point que certains ont pu parler aujourd'hui d'un « droit de l'entreprise » se substituant au droit des affaires. L'opportunité d'une nouvelle dénomination est peut-être justifiée mais c'est là encore enfoncer une porte ouverte puisqu'il s'agit donc bien d'un retour aux sources. Peut-être le droit commercial tel qu'envisagé par le code de 1807 a-t-il effectivement trop souffert de son particularisme et ce parce qu'on a trop voulu lui conserver son « mauvais » subjectivisme ancien en faisant un droit d'exception. Peut-être aussi, on l'a vu, que le complexe de supériorité du droit civil lui a joué quelque mauvais tour fatal sur ce plan ; on a pu parler de servage conceptuel (C. Champaud, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 18).

Avec Gény devait se développer une discussion portant sur les modalités de la distinction entre usage et coutume. Le postulat de départ tendait à affirmer que la coutume ne pouvait prétendre à l'existence qu'en présence de l'*opinio necessitatis*, élément sans la présence duquel on ne constaterait qu'un fait : l'usage ou usage conventionnel²⁴, « tenant du juste milieu en mœurs et habitudes de la vie²⁵ ». Ce dernier ne pourrait se transformer en coutume que par

« une substitution graduelle d'une volonté commune et d'ensemble, aux volontés particulières, qui, créant un sentiment général de nécessité juridique (*opinio juris*), aura isolé la règle usuelle de l'intention subjective des individus, pour l'ériger finalement en disposition de droit objectif, valant par elle-même, en vertu de la force sociale, qui soutient toute coutume²⁶ ».

Et Gény de noter que cette transformation est bien plus facile en droit commercial²⁷. Cette distinction fut cependant secouée par Escarra qui, sous-distinguant *usages de fait* et *usages de droit*, érigea ces derniers au rang de coutume, car justement dotés, selon lui, de l'*opinio necessitatis*²⁸. L'usage de fait, assimilable à la pratique, contractuelle notamment, ne pourra être érigé en usage de droit, particulièrement par le juge, qu'à la condition du respect d'un certain nombre de paramètres : maturité, notoriété, consensus des opérateurs. Ce processus a pu être cependant malmené, comme on le verra plus loin. En réalité, c'est même à une tripartition des usages qu'ont pu aboutir les évolutions récentes. À la manière des poupées russes, on mentionnera de manière croissante : l'usage des parties, les usages *de* commerce, l'usage *du* commerce ou usage de droit²⁹. Cette distinction entre usages de fait et de droit a donc survécu jusqu'à nous. Il n'entre pas dans notre propos d'en préciser tout l'historique ici, ceci constituant en soi un très vaste champ d'exploitation et de discussion depuis plus d'un siècle.

La question du rôle des usages est cependant toujours d'actualité. Le tribunal de commerce de Paris a créé, en 1982, un bureau de dépôt

24. *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1954, p. 418 et s.

25. *Ibid.*, p. 432.

26. *Ibid.*, p. 430-431.

27. *ibid.*, p. 431.

28. J. Escarra, *op. cit.*

29. J.-F. Riffard, « À la recherche de la coutume en droit commercial... », *La Revue*, n° 2-2013, p. 73. « Il est à noter que cette distinction n'est pas propre au droit français. Elle a été notamment parfaitement illustrée par l'article 1.205 de l'*Uniform Commercial Code* américain [§ 1-205. *Course of Dealing and Usage of Trade*] » (p. 74).

des usages professionnels où sont regroupés les « us et coutumes » des syndicats par profession³⁰. Un numéro spécial des *Petites Affiches* leur a été intégralement consacré³¹ et un dossier sur « Les usages professionnels » a fait l'objet de l'intégralité d'un numéro du *Journal des Sociétés* en novembre 2011³². Depuis le 22 octobre 2012, la Bibliothèque des Usages est accessible via le site Légifrance³³. Par ailleurs, des décisions récentes de la Cour de cassation ont illustré leur place toujours conséquente dans les rapports entre parties commerçantes³⁴, cette dernière décision mettant en exergue la célèbre for-

30. La constatation de l'existence et l'application de ces usages relèvent du pouvoir des juges et échappent donc au contrôle de la Cour de cassation.

31. *Petites affiches*, n° 237, 27 novembre 2003.

32. *Journal des Sociétés*, « Les usages professionnels », n° 92, novembre 2011.

33. « En 2011 le Centre du Droit de l'Entreprise [Faculté de Droit de Montpellier] a entrepris [de mettre] au point une bibliothèque en ligne des usages. Ce travail poursuit la collection de contrats d'affaires (synallagmathèque) rassemblées par ce Centre. Accompagnée d'une veille professionnelle, jurisprudentielle et doctrinale, cette bibliothèque compose la "consuetudithèque". Celle-ci complètera les catalogues de coutumes. D'abord, elle ne s'intéresse qu'à des recueils d'usages aujourd'hui en vigueur. Ensuite, elle se focalise sur des usages du droit de l'entreprise. Enfin elle sera accessible [elle l'est désormais] par voie informatique sur le site : cde-montpellier.com. » (P. Mousseron, « Le renouveau dans la preuve des usages : des parères aux opinions de coutume », *Journal des sociétés*, n° 92, nov. 2011, p. 21). « Les entreprises pourront aussi trouver dans le référencement de leurs usages sur la Bibliothèque des Usages une meilleure opposabilité aux tiers. Jusqu'à ce jour, elles ne disposaient que de la faculté de déposer leurs codes d'usages au bureau de dépôt des usages professionnels ouvert au Tribunal de commerce de Paris. L'obligation de se déplacer sur place pour consulter ces documents limitait toutefois considérablement l'efficacité de ce dépôt. La mention des usages sur la Bibliothèque des Usages ne garantira pas l'invocabilité des usages dans un cadre contractuel ni leur opposabilité aux tiers. Elle confèrera néanmoins une publicité et une légitimité accrue. Légifrance n'est pas en effet un site ordinaire. Régi par le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet, ce site est placé sous la responsabilité du secrétaire général du Gouvernement. Aux termes de l'article 2 de ce décret, il donne accès, directement ou par l'établissement de liens, à un ensemble de données juridiques officielles. Ce référencement de la Bibliothèque des Usages par Légifrance est enfin une amélioration du Droit français. Il atteste du pluralisme juridique de ce Droit. Celui-ci ne consiste pas uniquement en des textes nationaux et internationaux, en des arrêts et des conventions collectives. Il contient de plus en plus de normes privées. Ce dernier pan est d'ailleurs en développement au fur et à mesure que se multiplient les bonnes pratiques que les juges n'hésitent pas à assimiler à des usages. Dans un arrêt du 30 juin 2011, la Cour d'appel de Versailles a ainsi jugé qu'un "guide de la lettre d'intention capital risque édité par l'Association française des investisseurs qui, de ses termes mêmes vise à refléter un état des pratiques en privilégiant les "bonnes pratiques" permet de connaître les usages du capital risque... » (CA Versailles 30 juin 2011, JCP éd. E 2011, n° 1877). Ce référencement atteste aussi du remarquable ordonnancement du Droit français que réalise Légifrance. L'équipe de la Bibliothèque des Usages est fière et heureuse d'y apporter son modeste concours (<http://bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com/alerte-novembre-2012-la-bibliotheque-des-usages-site-officiel-des-usages>).

34. C. Cass. 13 mai 2003, confirmatif de Bordeaux 1^{re} ch. Sect. A, 18 sept. 2000, n° 97/01540 (cité in Bahan et Menjuq, *Droit du marché viticole*, Féret, 2003, n° 452, p. 233).

mule de Casaregis : *Mercatorum stilus et consuetudo praevalere debent juri communi*³⁵.

La question qui nous préoccupe ici tient à la manière dont émerge l'usage dans le champ du droit. La question de sa preuve notamment se révèle être déterminante du passage, de la mutation de l'état d'usage de fait à celui d'usage de droit, voire, pour reprendre la tripartition désormais de rigueur, du passage de l'usage des parties à l'usage de droit. C'est là qu'interviennent les parères car, une fois l'usage devenu coutume (ou usage de droit), celui-ci s'impose alors en vertu de la règle *Jura novit curia*, sans que son existence n'ait désormais à être prouvée. Avant cette phase d'« officialisation », et sans intervention extérieure de l'autorité politique pour le publiciser, c'est le parère qui peut contribuer à jouer ce rôle de vecteur d'émergence de l'usage, de sa notoriété.

Certes, sous l'empire de l'Ancien Droit, le débat sur la révélation, la mise à jour des usages, ne se posait pas exactement dans les mêmes termes qu'aujourd'hui. Cependant la fonction des parères paraît bien avoir été la même. Que leur doit le droit des marchands ? Quelle réalité recouvrent-ils ?

Les recherches d'occurrence au mot « parère » se sont révélées modérément fructueuses, particulièrement dans notre Ancien Droit³⁶. On pourrait croire que la raison principale relève du peu d'intérêt et de crédit dont jouit la science des marchands dans la

35. Casaregis, Disc. 16., n. 18 ; Disc. 144, n. 38 ; Disc. 187, n. 2 e 3.

36. Pas d'entrée dans le dictionnaire de Furetière (*Dictionnaire universel...*, Arnout, La Haye/Rotterdam, 1690). Jousse ne donne aucune précision sur le concept de parère dans le passage consacré à la manière de procéder devant les juge-consuls. Le dictionnaire de l'Encyclopédie daté de 1765 au mot « Parère » : « terme qui commence à être adopté [...] », constat qui a pu être justement corrigé par A. Faure (*Les parères de la Chambre de commerce de Guienne*, thèse, Bordeaux, 1913, p. 39) qui a relevé la réalité de la pratique des parères sur la place de Bordeaux dès l'année 1705. On trouve en revanche à l'entrée « parère » de l'*Encyclopédie méthodique* : « Terme de commerce, plus italien que français. Il signifie l'avis ou le conseil d'un négociant ; parce que répondant en italien sur ce qu'il juge à propos sur la demande qu'on lui fait, il dit en cette langue, *mi pare*, qui signifie *il me semble*, en français » (N. Baudeau, *Encyclopédie méthodique*, t. 3, Paris, Panckoucke, 1784). Denisart évoque lacuniquement le premier paragraphe de sa notice consacrée aux parères dans les termes suivants : « 1. On nomme parère un mémoire expositif d'un fait de commerce à des négociants et banquiers, pour avoir leur avis : c'est proprement ce qu'on nomme au barreau, Mémoire à consulter » (*Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, t. 3, 6^e éd., 1768, entrée « Parère »). Plus récemment, on ne trouve pas d'entrée dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, précité. Les deux volumes des *Recueils de la Société Jean Bodin* consacrés à la preuve ne révèlent aucune occurrence des parères, même dans les développements plus spécifiquement consacrés à la juridiction commerciale (J. Hémar, « La preuve judiciaire dans les Codes napoléoniens », *La preuve*, Recueils de la Société Jean Bodin, Bruxelles, 1963, p. 36-38. Même constat dans la contribution de G. Lepointe, p. 177-181) Pas d'entrée au sein du *Répertoire pratique* Dalloz, éd. de 1920.

doctrine de l'époque, comparativement aux autres branches du droit. Mais, en dehors de Jacques Savary dont nous reparlerons plus loin, même les commercialistes ne s'étendent pas sur le concept de parère, quoiqu'ils aient en pu en citer ou en formuler³⁷. Il en va de même dans nombre d'ouvrages ou articles consacrés à l'histoire des juridictions³⁸ ou encore à la procédure commerciale.

L'origine des parères est lointaine et, comme la majeure partie des institutions commerciales, issue du modèle italien. L'étymologie telle qu'évoquée au détour des diverses sources que nous avons pu consulter n'est jamais fixée avec certitude. Renseignement pris, celle-ci paraît plus proprement italienne que latine³⁹. *Paret* est certes

37. Chez Nicodème, on trouve vingt parères, mais rien sur le concept (*Exercice des commerçants*, Valade, Paris, 1776). Le mot « parère » ne figure pas chez J. Hilaire, *Le droit les affaires et l'Histoire*, Economica, Paris, 1995. Pas d'occurrence dans les ouvrages suivants consacrés aux juridictions commerciales : A. Sabourault, *La juridiction consulaire de Poitiers aux XVII^e et XVIII^e siècles*, thèse, Poitiers, 1932 ; P. Pietresson de Saint-Aubin, *La juridiction consulaire de Troyes*, Troyes, Paton, 1928. De même dans l'article de J.-L. Lafon, « L'arbitre près la juridiction consulaire de Paris au XVIII^e siècle », *RHD*, 1973-2, p. 217 et s., particulièrement p. 228-233 où l'auteur évoque les rapports entre les arbitres et les usages. Pas une fois le mot de parère n'est mentionné.

38. On ne trouve rien sur les parères dans G. Hamonic (*La juridiction consulaire*, Paris, LGDJ, 1940), alors que de longs développements sont consacrés à la procédure et l'art de juger dans le tome II.

39. Il n'est pas surprenant que le *Dictionnaire* de Godefroy ne révèle pas d'entrée (*Dictionnaire de l'ancienne langue française et de toutes ses difficultés du IX^e au XV^e siècle*, Paris, Viewey, 1888). Il faut chercher à « paroir » dans le *Dictionnaire du moyen français 1330-1500* pour trouver l'équivalent français (1^o paraître, apparaît, se voir ; 2^o être clair, manifeste, évident). Lyon-Caen et Renault font venir le mot Parère du latin *quod paret* (*Traité de droit commercial*, Paris, Pichon, t. 1, p. 69). On retrouve d'ailleurs cette étymologie, martelée de manière laconique dans certains manuels contemporains, sans parler d'éventuelles fautes de frappe. Ainsi a-t-on pu trouver *quid parer* (*sic*) in L. Vogel, *Du droit commercial au droit économique*, 19^e éd., Paris, LGDJ, 2010, p. 34. Le site <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/parere.php> précise que « parère » viendrait du latin *pareo* qui signifie « il est évident ». Le Grand Littré révèle à l'entrée « parère » : 1^o Sentiment, avis de négociants sur des questions de commerce. ex. *Le livre des Parères de Savary* 2^o Police commerciale, etc. Et Littré de donner comme étymologie à la fin de l'article : « E. Ital. *parere*, avis, du latin *parere* ». Le verbe latin *parere* conserve effectivement son sens premier (le sens classique courant étant le sens second = « obéir ») dans certains textes juridiques, p. exemple : Cicéron, *Pour Roscius* IV, 10 : « On vous devait une somme fixe, que vous demandez maintenant devant un juge, en consignait un tiers de la somme suivant la loi. Si donc vous avez demandé un sesterce de plus qu'il ne vous était dû, vous avez perdu votre cause : car un jugement et un arbitrage sont deux choses fort différentes : le juge prononce sur une somme fixe ; l'arbitre, sur une somme incertaine. Dans un jugement, il s'agit de la somme totale à gagner ou à perdre ; dans un arbitrage, il ne s'agit ni de perdre tout, ni d'obtenir autant que l'on a demandé. Les termes mêmes de la formule en sont la preuve : celle du jugement est précise sévère et simple : *si paret HS icc dari* = s'il est manifeste / prouvé que cinquante mille sestercs sont dus ». *Paret* est proche de *patet* ou *liquet*, et désigne une évidence objective, à la différence de l'italien *mi pare che* ou *a mio parere* qui est de l'ordre de la subjectivité : « il me paraît que », « à mon avis ». Les langues romanes ont en effet tiré le verbe originel *parere* = apparaître, se montrer avec évidence du côté de la simple apparence. C'est pourquoi le mot technique « parère » paraît davantage constituer

proche de *patet* ou *liquet*, et désigne une évidence objective, à la différence de l'italien *mi pare che* ou *a mio parere*, laquelle relève de l'ordre de la subjectivité : "il me paraît que", "à mon avis". Les langues romanes ont en effet tiré le verbe originel *paréré* = apparaître, se montrer avec évidence du côté de la simple apparence. L'expression *mi pare* est donc, semble-t-il la plus idoine, la plus directe. Du point de vue de la technique, il paraît en tous cas établi que l'origine de la pratique des parères remonte bien au creuset italien médiéval⁴⁰. Mais on peut également observer un flottement dans les multiples définitions du mot « parère ». Pour tenter d'éclaircir la notion, nous partirons à rebours d'un énoncé jurisprudentiel récent, mis en parallèle avec deux citations plus anciennes.

Selon un arrêt de la 1^e Chambre civile de la Cour d'appel de Pau en date du 20 mai 2008 :

« Un "parère" est un document servant de preuve à l'existence et au contenu d'un usage local ou professionnel, une sorte de certificat de coutume ou encore d'acte de notoriété⁴¹ ».

Cette définition n'est pas particulièrement révélatrice d'un caractère spécifiquement commercial de la notion. On y trouve cependant des entrées annexes capitales grâce à l'emploi des mots « usage », « coutume », « preuve » et « notoriété », ces substantifs nous ayant conduit à fouiller les entrées afférentes dans divers ouvrages, avec des résultats que l'on qualifiera pudiquement d'aléatoires. L'article

un emprunt à l'italien = avis. Voir l'*Encyclopédie*, entrée « parère » : « *Terme de commerce*, plus italien que français. Il signifie l'*avis* ou le *conseil* d'un négociant ; parce que répondant en italien sur ce qu'il juge à propos sur la demande qu'on lui fait, il dit en cette langue, *mi pare*, qui signifie *il me semble*, en français. » (*op. cit.*). Voir d'Alberti de Villeuneuve, *Dictionnaire français-italien*, Florence, Molini, t. 1, 1810 : s.m. Opinione, avis, sentiment, croyance, f. *Quelle discorso fatto da chi siede in Magistrato della cose proposta, e quello, che si dà in iscritto dà negozianti* : avis de juges, ou parère en matière de commerce. Mais surtout le célèbre *Vocabolario etimologico della lingua italiana* de O. Pianigiani : « *presentarsi alla vista, farsi vedere, mostrarsi ; indi aver l'aspetto, la sembianza ; fig. Giudicare, opinare che equivale ad esser chiaro, manifesto alla mente [...]* » (<http://www.etimo.it/?term=parere&find=Cerca>). L. Lindvall dans son article intitulé « Remarques sur l'usage des deux verbes *parere* et *sembrare* en italien moderne », décrit la distribution des deux verbes en question. Il relève qu'il y a très peu de différences sur les plans syntaxiques, sémantiques et stylistiques, bien qu'il y ait des préférences notables, conditionnées par les temps verbaux (*Actes du 9^e Congrès des Romanistes Scandinaves*, Helsinki, 13-17 août 1984 éd. par E. Suolema-Harma et O. Välikangas, Helsinki, Société Néophilologique, 1986, *Mémoire de la Société Néophilologique de Helsinki*, t. XIV). Voir encore J. Sluterus, *Dissertatio juridica inauguralis de responsismercatorum, vulgo parere dictis...*, Hamburg, 1706, p. 13 et s. Parère se dit en allemand *Belehrung, Gutachten* (*ibid.*).

40. Voir le *Répertoire* de Guyot à l'entrée « parère » (t. 44, p. 275) ; J. Savary, Préface au vol. 2, *op. cit.*, p. 1362 ; A. Faure, *op. cit.*, p. 39.

41. Cour d'appel de Pau 1^{re} chambre civile, 20 mai 2008, n° 06/01613.

« parère » du *Dictionnaire de procédure civile et commerciale* de Bioche (1839) précise qu'il s'agit d'un

« avis de négociants qui fait connaître les usages du commerce sur une question litigieuse. Les parères sont ordinairement demandés par les juges qui ont besoin de s'éclairer sur un fait ; ils ne valent que comme renseignement ou comme consultation, et n'ont aucune autorité obligatoire »⁴².

Ici, le propos est plus précis puisque ne sont visées qu'une catégorie de personnes, les « négociants », une catégorie de choses, les faits, la nature des parères, un « avis, renseignement, consultation » et, enfin, des éléments permettant d'appréhender leur force, ils n'ont « aucune autorité obligatoire ». Enfin, Jacques Savary, dans le deuxième volume de son *Parfait Négociant* paru en 1689 (et intitulé les *Parères*), précise que

« l'on a conservé presque par toutes les places du royaume, particulièrement à Lyon, l'usage des Parères, qui sont les avis des négociants qui tiennent lieu d'actes de notoriété, lorsqu'on les donne de l'autorité du conservateur, ou bien d'une consultation particulière, pour appuyer le droit de celui qui consulte »⁴³.

Dans cet extrait la dimension procédurale est implicite (le dernier membre de phrase) mais, outre le fait que l'on retrouve l'idée de publicité, émerge surtout l'idée du rôle d'authentification de l'usage commercial. Celui-ci n'étant alors la plupart du temps (sauf compilation particulière) pas écrit, il importe donc que la preuve de son existence puisse être rapportée. Cet élément de preuve que constitue le parère se révèle plus souvent en justice, lorsque les négociants les produisent pour appuyer leurs prétentions dans leur différend⁴⁴. On

42. Bioche, art. « parère », *Dictionnaire de procédure civile et commerciale*, Paris, t. 2, Videcocq, 1839, p. 393.

43. J. Savary, Préface au vol. 2, *op. cit.*, p. 1362.

44. « *Variis hisque probandi consuetudinem modis addi potes tille, quando mercatores ad facti speciem breviter consignatam respondere, deque consuetudine, hoc vel illo casu mercatores recepta, iudicium dare et testari rogantur, quod instrumentum parere vocant. De cuius via c auctoritate cum non una sit omnium opinio, operae pretium me facturum spero, si quae huiusmodi responsi indoles et veri effectus sint, cum cura examinabo* » (J. Sluterus, *Dissertatio juridica inauguralis de responsismercatorum, vulgo parere dictis...*, Hamburg, 1706, p. 9-10). À titre incident, on signalera au lecteur l'impuissance dans laquelle nous nous sommes trouvés de pouvoir exploiter une piste que nous pensions pouvoir suivre. En effet, l'article « parère » du *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu renvoie à « sachant » lequel rebondit sur « sapiteur » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987). Article « sachant » : « Ancien terme désignant une personne bien renseignée, bien informée (*à ce connaissant*) qu'un technicien (notamment un expert) peut, de lui-même, consulter et qui, à la demande de celui-ci ou des parties, peut également être

constate que le parère joue dans ce cas le rôle de preuve *a posteriori*, révélant un fait, une pratique sous-jacente. Celui-ci participe-t-il un avatar de la victoire de l'adage « Lettres passent témoins ⁴⁵ » ? La réponse n'est pas si aisée lorsque l'on constate la facilité, la liberté de la preuve en droit des marchands, son originalité au regard du droit ordinaire.

Mais cet élément de preuve peut également être présent *a priori*, lorsqu'une autorité, et non pas seulement un ou quelques individus, excipe en amont de tout litige des éléments permettant d'identifier l'existence d'usages locaux ou sectoriels, c'est là le rôle le plus ancien (on y inclura les recueils d'usages rédigés), mais aussi de pratiques propres à diverses branches professionnelles (c'est un aspect plus récent).

Dans nos sources, les parères sont souvent assimilés à des *actes de notoriété* ⁴⁶. Mais l'utilisation de cette expression est source d'ambiguïté. Savary l'utilisait déjà ⁴⁷ et, à compter de 1701, on la trouve très couramment utilisée pour qualifier les parères rendus par les chambres de commerce, et ce jusqu'à aujourd'hui encore ⁴⁸. Elle est juste,

entendu par le juge (NCPC, art. 242). Le sachant fait partie « des tiers ou des personnes informées ou entendus à la demande des parties, de l'une d'elles ou du technicien et qui se rapprochent ainsi des témoins (*Manuel pratique de l'expertise judiciaire, Journal des notaires et des avocats*, 1986, n° 211 sq.) ». Article « sapiteur » : « Ancien terme désignant une personne qui connaît les localités et auprès de laquelle un technicien (expert, consultant, constant), peut, de lui-même, recourir des informations orales ou écrites (NCPC art. 242) ». Les recherches auxquelles nous avons pu procéder autour de ces deux termes n'ont pas permis de mettre en exergue des éléments susceptibles d'abonder notre présente thématique (voir cependant l'article « sapiteur » tel que décrit par l'*Union Professionnelle des Experts Maritimes* sous [http : www.upem.org/documents/sapiteur.html](http://www.upem.org/documents/sapiteur.html)).

45. De témoins passent lettres à lettres passent témoins : « Lorsque s'édifia au Moyen Âge le régime des preuves légales, une controverse se produisit sur la place respective des deux preuves pleines, le témoignage et l'acte écrit. Elle fut tranchée au début du XIII^e siècle par le pape Innocent III en faveur du témoignage et un adage se répandit : "Témoins passent lettres". Pour le comprendre, il faut se rappeler l'état de la société à l'époque, le nombre des illettrés, celui des faux, la possibilité d'examiner et d'interroger les témoins, de leur demander la source de leur information. Aussi disait-on que leur voix est vivante tandis que dans un écrit leur marque est morte. Mais l'expansion de l'instruction, les besoins du grand commerce, l'organisation du notariat, allaient, trois siècles plus tard, conduire à la règle contraire. L'ordonnance de Moulins (1566) imposa de passer par écrit toute convention dépassant le montant de cent livres et interdit de prouver « contre et outre » les énonciations de l'acte. Dès lors on dit : Lettres passent témoins. Le Code civil (art. 1341) a entériné cette supériorité » (J.-P. Lévy, art. Preuve », *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1200).

46. Répertoire Guyot, t. 44, entrée « Parère », p. 275.

47. J. Savary, Préface au vol. 2, *op. cit.*, p. 1362.

48. Il est ici techniquement impossible de citer le nombre de sources très conséquent où nous avons pu trouver cette occurrence. Nous n'en citerons qu'une, significative : « L'usage se vérifie et se prouve par les *parères* et *certificats* des négociants ; et surtout par les *actes de notoriété*, expédiés par les chambres de commerce. Un arrêt du Parlement d'Aix, en

mais il faut bien distinguer la matière commerciale des matières ordinaires. Pour ces dernières, en effet, les juges, les enquêtes par turbe étant proscrites depuis 1667⁴⁹, délivraient couramment des actes de notoriété jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. On peut d'ailleurs noter que la doctrine « civiliste » d'Ancien Régime ne faisait pas référence aux parères lorsqu'elle évoquait les actes de notoriété⁵⁰. Peut-être celle-ci était-elle implicite, mais nous en doutons pour des raisons qui tiennent probablement, encore une fois, au peu de considération qu'avaient la plupart des auteurs pour la matière commerciale, attitude encore perpétuée après 1807. Pour abonder encore, il se pourrait que cette constatation précédente s'appuie sur un élément « objectif », à savoir l'évidente minoration du *fait* comparativement au

date du 30 juin 1750, réforma une sentence de l'Amirauté de Marseille, pour ne s'être pas conformé au certificat que la chambre de commerce avait donné en interprétation du tarif concernant les nolis des Echelles du Levant » (P. S. Boulay-Paty, *Cours de droit commercial maritime*, Paris, t. 2, Vidéocq, 1844, p. 283-284).

49. « L'existence des usages s'établissait autrefois par des actes de notoriété, n'ayant eux-mêmes d'autre fondement que l'usage que l'ordonnance de 1667, abolissant les enquêtes par turbes, avait fait naître. Ces actes émanaient des corps de judicature constatant la pratique suivie dans leur siège. Ils étaient, en général, rendus en vertu d'une sentence du juge supérieur, contradictoirement, et après que les magistrats avaient, de vive voix et à l'audience, pris l'avis du ministère public, des avocats, procureurs ou autres praticiens du siège. Ces formes ne sont plus compatibles avec nos lois nouvelles. » (J. Bedarride, *Droit commercial, commentaire du Code de commerce*, titre 3^e, *Des sociétés*, t. 1, 2^e éd^e, Aix/Paris, 1879, p. 166-168).

50. Sur la question de l'utilisation ou non d'une synonymie entre actes de notoriété et parères : la définition du mot « parère » de Denisart, au sein du tome 3 de sa *Collection de décisions nouvelles*, ne renvoie nullement à notoriété (voir *supra*). Dans le tome 2, l'article « notoriété » ne mentionne nullement une application au droit commercial. Mais il évoque ceci : « Le mot notoriété signifie la connaissance publique qu'on a d'une chose quelconque, comme d'un usage, d'une loi, d'un fait etc. Les jurisconsultes distinguent deux sortes de notoriété ; l'une fait, l'autre de droit. La notoriété de fait est celle qui résulte d'une certaine croyance publique : la notoriété de droit est celle qui résulte d'un jugement ou de tout autre acte juridique. Il y a cette différence entre la notoriété de fait et celle de droit ; que cette dernière est toujours parfaite dans son genre, parce qu'elle est toujours appuyée sur un fondement solide, auquel on ne peut refuser de donner sa confiance. Au contraire, ce que nous appelons notoriété de fait, résultant de témoignages plus ou moins multipliés, et plus ou moins dignes de foi, fait une impression différente sur des esprits différemment affectés ; et il arrive de là que ce qui paraît notoire aux uns, ne le paraît pas aux autres ; c'est la raison pour laquelle la notoriété de fait (qu'il ne faut pas confondre avec l'évidence de fait) ne suffit point parmi nous pour porter un jugement légitime et juridique. Comment, en effet, pourrait-on prendre pour guide, pour principe de conduite et de décision, ce qui paraît aux uns tout différent qu'il ne paraît aux autres ? Cela ne pourrait qu'enfanter des doutes et des disputes, loin de servir de base à un jugement assuré. De là sont dérivées les lois qui ont établi les règles et les formes qu'on doit suivre dans les jugements qui produisent la notoriété de droit : car la déclaration du juge (dit Eveillon), est un droit qui autorise irréfragablement la croyance du crime. De là est dérivé un autre principe, que le juge, contre sa connaissance particulière, doit porter son jugement selon ce qu'il trouve allégué et prouvé [...] ». Ces sortes d'actes [de notoriété] sont assez fréquents depuis l'abrogation des enquêtes par turbes, prononcée par l'ordonnance de 1667 (Denisart, art. « notoriété » *Collection de décisions nouvelles*, 5^e éd., Paris, Desaint, 1766, t. 2, p. 280-281).

*droit*⁵¹. *A contrario*, nous n'avons trouvé qu'une seule fois le concept d'acte de notoriété « absorbé » dans le concept de parère, dont il aurait constitué une première sous-partie, mais il s'agit à notre sens d'une erreur d'interprétation⁵². En revanche, cette même source, évoquant une deuxième catégorie constitutive des parères, les qualifie de « certificats d'usage ». Cette dernière expression recouvre alors les attestations n'émanant pas d'autorité judiciaires, étant alors le fruit d'institutions comme la chambre de commerce (de Guyenne en l'occurrence), soit l'acceptation fréquente de la notion.

Toutes périodes confondues, ce flottement dans la définition se retrouve dans l'utilisation de l'expression « certificat⁵³ » ou « certificat d'usage », parfois côte-à-côte avec celle de parère⁵⁴. Ceci peut parfois traduire un point de vue condescendant⁵⁵, mais parfois l'emploi de ces expressions révèle au contraire une subordination de

51. Il y a des certificats ou attestations qui diffèrent des actes de notoriété proprement dits, en ce que ceux-ci établissent la notoriété relative à un fait, tandis que ceux-là n'attestent qu'un fait spécial qui, pour être considéré comme vrai, n'a pas besoin d'être fondé sur la notoriété publique (Sellier, *Manuel des notaires*, t. 3, p. 1140). Par ailleurs on ne trouve aucune mention du mot *parère* chez Sellier.

52. « Sous l'empire de notre ancienne jurisprudence, il arrivait fréquemment aux magistrats, pour s'éclairer sur une coutume ou sur certains usages non constatés par la loi écrite, de recourir à des actes de notoriété appelés *Parères*. Ordinairement ces parères étaient faits en exécution d'un arrêt d'une Cour souveraine par des officiers appartenant au ressort de cette Cour. Et l'arrêt qui en prescrivait la production en réglait aussi la forme. Mais il arrivait encore qu'on accordait aux parties des parères sur simple requête sans qu'il fût besoin d'en justifier la nécessité. Et ces parères, un peu spéciaux, étaient quelquefois appelés "certificats d'usage" afin de les distinguer des actes de notoriété précédents. C'est à cette dernière catégorie que l'on peut rattacher les Parères de la Chambre de commerce de Guyenne » (A. Faure, *op. cit.*, p. 39).

53. Art. « Parère » in A. Carpentier, G. Frerejouan du Saint, *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 29, Sirey, 1902, p. 585. « Le parère est un certificat attestant de l'existence d'un usage professionnel. » (*Dictionnaire du vocabulaire juridique*, sous la dir. de R. Cabrillac, Litec, 2^e éd., 2004, p. 286). On trouve également l'expression « apostille » : « Les membres du Tribunal de commerce de Paris sont dans l'usage de s'abstenir de donner des certificats, parères, apostilles, etc. » (M. E. Camberlin, *Manuel pratique des tribunaux de commerce*, Paris, Maresq, 1879, p. 82).

54. Boucher *Institutions au droit maritime*, Paris, An XII (1803), p. 14 : « Lorsqu'il s'agit de vérifier l'usage des négociants, on a tel égard que de raison, aux *parères* et *certificats* qui sont communiqués [...] ». « La qualification de "certificat d'usage" est en effet, vague et générale ; elle n'évoque rien de précis et ne saurait par suite être satisfaisante » (A. Faure, *op. cit.*, p. 39).

55. Dalloz, *Rép.*, 1853, t. 30, art. « Lois », n° 118 : « Les usages du commerce se prouvent encore par des parères ou avis de négociants. Mais ces documents, bien plus employés autrefois que depuis la publication du Code de commerce, n'ont jamais lié les magistrats. Ce sont de simples certificats extrajudiciaires, délivrés le plus souvent sur réquisition d'une seule partie, sans discussion contradictoire, quelquefois sans ordonnance préalable de justice ». Le président Bouhier faisait des certificats d'usage une sous-catégorie des actes de notoriété (voir J. David, « Acte de notoriété et certificats de coutume : d'un droit intercoutumier au droit international privé », *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Éd. Panthéon-Assas, 2010, p. 319).

ces éléments aux parères. Dans ce dernier cas, on se trouverait en présence d'une distinction hiérarchisant, de manière croissante, les simples « certificats » émanés de simples négociants, distingués des « parères » provenant d'institutions comme les chambre de commerce, la différence formelle et d'autorité emportant la plus grande force probante de ces derniers ⁵⁶. On a pu inventorier également l'expression « certificat de coutume » à côté de l'expression de « parère » ⁵⁷. Dans ce cas, une précision doit être faite. Le certificat de coutume vise, dans le cadre d'un litige commercial, à établir l'existence d'un usage pratiqué à l'étranger. En revanche, s'il s'agit d'évoquer non pas un usage, mais un point de droit étranger, on pourra alors reparler d'« acte de notoriété » ⁵⁸ mais, là encore, pas d'unani-

56. Delamarre et Le Poitvin, *op. cit.*, p. 453-454 : « Quand un usage est invoqué dans une contestation commerciale, les juges connaissent cet usage, ou bien ils l'ignorent. Si les juges le connaissent, il suffit à sa constatation que le jugement l'atteste ; s'ils l'ignorent, mais sans être certains qu'il n'existe pas, ils doivent ordonner que la preuve en sera établie. Or, à quelque contestation que se rapporte l'usage invoqué, il ne peut être qu'un fait, ou une série, une réunion de faits. Si donc l'une des parties est reçue à prouver l'usage, l'autre partie est, de droit, admise à la preuve contraire. Dans ce cas le jugement doit poser en termes clairs et précis la question sur laquelle le tribunal veut être édifié. Munie de ce jugement, chacune des parties peut demander des parères aux chambres de commerce qui doivent en délibérer avec réflexion, sous l'autorité des magistrats. Les parères une fois faits dans cette forme, et rapportés au tribunal, si l'usage est prouvé, il est réputé l'être lorsqu'une seule des parties produit en sa faveur un ou plusieurs parères, les juges sont tenus d'y conformer leur décision. Il ne faut pas confondre ces parères, qui sont de véritables actes de notoriété, étant faits d'autorité de justice, avec ces attestations que les contendants se procurent quelquefois de leur propre mouvement, fussent-elles signées par les négociants faisant partie des chambres de commerce. Ce ne sont là que des certificats. Ils peuvent, à la vérité, servir de renseignements, mais le tribunal n'est pas obligé d'y avoir égard ».

57. Le document authentifiant un usage se nomme un « parère » ou un « certificat de coutume ». Il est généralement délivré, à l'étranger, par une autorité diplomatique ou consulaire ou, s'agissant d'usages commerciaux, par une chambre de commerce ou par un organisme professionnel. Il est question de la production d'un parère dans deux arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation pour preuve d'un usage bancaire (12 décembre 1973, n° 72-12979 et 15 juillet 1992, n° 90-18530). Entre commerçants la preuve est libre, de sorte qu'il est possible de démontrer la réalité des transactions par les éléments comptables fournis aux débats. (CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 29 mai 2008, RG n° 06/20291). Les groupes de travail constitués à la demande de la commission d'exploitation bancaire, réunis les 8 et 14 avril 1999, ont ainsi suggéré de supprimer un certain nombre de parères. Nonobstant ces affirmations, les groupes de travail ont quand même relevé qu'il ne fallait pas abandonner cette possibilité offerte à la profession d'établir des « certificats de coutume » (G. Meyer, *Les usages en droit bancaire*, Mémoire de DEA, Université de Strasbourg, 2000, p. 33, <http://cde.alsace.cnrs.fr/IMG/pdf/MEYER.pdf>).

58. Quelquefois encore, pour constater un point de législation étrangère, que les tribunaux de commerce peuvent être appelés à appliquer, les parties produisent devant eux des certificats émanés de juristes ou de magistrats du pays, certificats que l'on nomme *actes de notoriété* (D. Bazoche, G. Meulemans, *Manuel de compétence, de procédure des travaux des greffes des tribunaux de commerce de Belgique*, chez l'auteur G. Meulemans, Bruxelles, 1841, p. 48). Pour un point de vue plus nuancé, voir J. David, « Acte de notoriété... »,

mité des auteurs sur ce point⁵⁹. Les uns comme les autres sont généralement délivrés par les consuls présents sur place⁶⁰, voire par les autorités locales⁶¹. Parfois enfin une synonymie entre les « parères », les « certificats » et les « actes de notoriété » a encore pu être établie⁶².

Le parallèle entre les parères et le sort des modes d'établissement des usages civils est intéressant. Il semblerait que les premiers aient continué à mener leur vie propre, sans être trop autant tributaires des secousses post-révolutionnaires, lesquelles avaient fini par entraîner, par exemple, la disparition des actes de notoriété⁶³ en droit interne au profit des certificats de coutume. Cela n'est pas outre mesure surprenant si l'on tient compte du fait que la matière internationale résistait, par définition, au centralisme légal présidant à la destinée des normes étatiques. Enfin la simple mention d'une « attes-

op. cit., p. 318 : « Les actes de notoriété, les certificats d'usage et les certificats de coutume présentent cette similitude qu'ils sont là pour attester "la loi étrangère" devant un tribunal. On constate en effet que, si les actes de notoriété ont pour principale fonction de faire reconnaître un usage nouveau après la disparition de l'enquête par turbe, ils ont été fréquemment utilisés comme mode de preuve d'un droit dans un ressort autre que celui où était portée l'affaire ». D'où l'idée de la parenté formelle de l'expression de la preuve de l'usage en droit coutumier ancien et en droit international privé contemporain.

59. « S'il s'agit de constater un usage étranger, les parties peuvent, chacune de leur côté, s'adresser aux magistrats du pays pour avoir des actes de notoriété, qui feront foi pourvu qu'ils soient revêtus des formalités usitées dans ce pays » (Delamarre et Le Poitvin, *op. cit.*, p. 454-455).

60. Art. « Parère » in A. Carpentier, G. Frerejouan du Saint, *op. cit.*, p. 587. Les consuls ont également le droit de délivrer des parères. Les consuls de France à l'étranger peuvent en délivrer de trois sortes : 1 – pour établir les usages pratiqués par leurs nationaux sur telle place étrangère. 2 – pour établir les usages locaux pratiqués par les sujets des pays où ils sont accrédités. 3 – pour établir les usages pratiqués dans ce même pays par d'autres sujets d'autres Etats qui y font le commerce. Le consul est toujours à même d'en délivrer à l'heure actuelle (<http://www.mfe.org/index.php/Thematiques/L-expatriation-de-A-a-Z/Ambassade-Consulat>). V. encore le site <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/usages-et-coutumes.php>).

61. « Les autorités locales compétentes du pays d'accueil peuvent aussi délivrer les trois sortes de parères cités ci-dessus [voir note précédente]. Les parères destinés à établir des usages étrangers sont désignés fréquemment sous le nom de certificats de coutume. On ne doit pas confondre ces certificats avec ceux qui ont pour objet de faire connaître aux tribunaux français telle disposition de législation étrangère, écrite et non coutumière. Ces certificats ne constitueraient plus des parères puisqu'ils constateraient l'existence non pas d'un simple usage mais d'un texte législatif » (art. « Parère », *ibid.*).

62. M. J. B. Paris, *Le droit commercial français ou commentaire du Code de commerce*, Paris, Delhomme, 1854, p. 12 : « En matière commerciale, les usages se constatent par des actes de notoriété appelés parères. Ainsi on nomme *parère*, un certificat délivré par des autorités étrangères, ou par des jurisconsultes, ou par des chambres de commerce, par des courtiers ou des commerçants notables, et constatant soit un point de droit étranger, soit un *usage commercial* ».

63. L'expression disparaîtrait après 1824, d'après J. David (« Acte de notoriété... », *op. cit.*, p. 328), mais nous en avons repéré une mention en droit belge.

tation écrite » a pu aussi relevée de temps à autre, pour désigner les parères ⁶⁴.

Une fois l'ensemble de ces incertains préalables posés, il s'agit dès lors d'identifier la manière dont le parère émerge dans le champ du droit. L'identification de l'émetteur, de la nature et du contenu de l'acte précéderont l'examen des moyens et de la mesure dans laquelle le parère parvient à s'insérer et à obtenir force dans le champ normatif.

I. L'émission d'un parère

L'émission d'un parère suppose de l'aborder sous deux angles : tout d'abord d'en identifier l'émetteur, ensuite évoquer les conditions propres à sa reconnaissance intrinsèque, tant sur la forme que sur le fond.

A. L'émetteur du parère

Quand on connaît la fréquente défiance du monde du négoce (et même d'une partie de la doctrine commercialiste d'ailleurs) pour les méandres du droit savant ⁶⁵, on comprend aisément la préférence des marchands pour l'utilisation des parères, éminents révélateurs des pratiques constituant leur droit ⁶⁶. On en trouve une preuve supplémentaire dans l'argumentaire révélant la fonction d'expertise commerciale du parère, déjà fréquente dans l'Italie médiévale ⁶⁷, toujours

64. M. Pedamon, *op. cit.*, p. 354.

65. On se rappellera notamment la pratique ancienne des renonciations.

66. L'enseignement du droit des marchands, notamment par la voie de discussions autour de parères, fut même l'objet d'un projet de création d'un cours de commerce en 1780, à l'initiative des juge-consuls parisiens. Celui-ci ne put survivre aux évènements révolutionnaires (G. Denière, *La juridiction consulaire de Paris 1563-1792*, Paris, Plon, 1872, p. 104-106 et 530-546).

67. « Les parères, d'un point de vue général, participent du domaine de l'expertise. Celle-ci se trouve couramment au centre du contentieux comme l'illustrent les fréquents conflits en matière de transport maritime où intervenaient, en Italie, les *periti* ou marchands-experts, chargés d'estimer les dégâts occasionnés aux marchandises et/ou aux navires. Ainsi, même lorsque les juges n'étaient élus parmi les marchands, il n'en demeure pas moins que les procédures d'expertise, et les arbitrages qui en découlaient, échouaient toutefois aux négociants. L'expertise était [...] le lieu d'un langage commun, entre monde des marchands et monde du droit [...] Les hommes de négoce qui visitaient les navires produisaient des rapports qui s'apparentaient fortement à des textes notariaux et dont les institutions reconnaissaient la valeur juridique ; les honneurs de l'*imborsazione* couronnaient de la sorte une compétence non seulement commerciale (les marchands *imborsati* étaient parmi les plus riches de la place), mais aussi la capacité de manier correctement le langage du droit » (G. Calafat, « Expertises et tribunaux de commerce, procédures et réputation à Livourne au xvii^e siècle », *Hypothèses*, 2010-1, p. 144-147).

préférée aux subtilités du droit ⁶⁸. Il est sans doute vrai que ce constat a pu s'effriter avec le temps :

« Au cours du xvii^e siècle, en revanche, le rapport de force glisse progressivement du côté des experts en droit et du monde juridique, qui, par l'écriture des codifications et des compilations en droit commercial et maritime, surtout à partir de la seconde moitié du siècle, rendent peu à peu leurs médiations et leurs recours indispensables » ⁶⁹.

La présentation classique des parères dans les ouvrages les moins récents révèle ainsi plutôt leur rôle *lato sensu*. Leur utilisation comme mode de preuve s'était révélée être courante dans l'Italie médiévale ⁷⁰ et c'est assez logiquement qu'on les retrouve pratiqués dans les foires par l'entremise des gardes dont le rôle devait être confirmé par le monarque ⁷¹. Ils résultaient du fruit de la concertation des gardes des foires puis de l'autorité du juge-conservateur ⁷² avec les négociants les plus en vue de la foire, puis de la place ⁷³. Ces parères, à l'instar de ce

68. Expression couramment utilisée pour désigner le droit romain. G. Calafat voit dans cette préférence « [...] la marque du conflit entre garanties des usages et expériences professionnelles et abstractions savantes » (*ibid.*, p. 150).

69. *Ibid.*, p. 153-154.

70. Toubeau, *Institutes du droit consulaire ou jurisprudence des marchands*, 2^e éd., Paris, Gosselin, 1700, t. 1, p. 107.

71. Philippe de Valois dès l'année 1349 ordonna pour les foires de Brie et de Champagne, *Que si aucune chose était douteuse, ou avait métier d'interprétation etc. les gardes le feraient selon que leur semblera en loyauté que bon fait*, par le conseil de six ou huit des plus suffisants de la foire (*ibid.*, p. 107).

72. Appelé ainsi car il conserve les privilèges (le droit des foires), puis des places où celles-ci finiront par se replier dès le xv^e siècle, lorsqu'elles tomberont progressivement en désuétude entraînant avec elles celles des gardes qui en constituaient l'ossature institutionnelle. Voir Guyot, *Rép.*, t. 44, entrée « Parère », p. 275 : « Avis, sentiment de négociants sur des questions de commerce. La pratique du négoce, particulièrement celui des lettres de change, était venue d'Italie, on a conservé dans presque toutes les places de France, singulièrement en celle de Lyon, l'usage des parères : ils tiennent lieu d'actes de notoriété, lorsqu'ils ont été donnés de l'autorité du juge conservateur, ou par une consultation particulière pour appuyer le droit de celui qui consulte ».

73. « Dans les foires de Plaisance tous les marchands sont convoqués quand c'est une cause publique ; et quand il s'agit de l'intérêt d'une nation, les marchands de cette nation opinent les premiers. Les juge-consuls doivent volontiers assembler des marchands dans les affaires de conséquence, et prendre leurs avis, que l'on appelle *parère*. Il y a fort longtemps que dans les cours des marchands les choses se sont ainsi pratiquées, et elles ont successivement été ainsi ordonnées jusqu'à présent, comme on peut le voir par les ordonnances que je vais rapporter. Philippe de Valois dès l'année 1349 ordonna pour les foires de Brie et de Champagne, *Que si aucune chose était douteuse, ou avait métier d'interprétation etc. les gardes le feraient selon que leur semblera en loyauté que bon fait*, par le conseil de six ou huit des plus suffisants de la foire. Charles VII, par la patente de création du Conservateur des foires de Lyon du mois de mars 1452, veut que ce juge appelle avec lui du conseil, comme le garde des foires dont je viens de rapporter la patente. Voici que la création de ce juge, qui devait être licencié, qui était interrogé et reçu par le Parlement. *Ordonnons et établissons conservateur et gardien desdites foires de Lyon, les baillis de Mâcon et sénéchal de Lyon, ou son lieutenant,*

que pratiquaient alors également les juridictions ordinaires en matière civile, constituaient alors de véritables actes de notoriété, forts du sceau de l'autorité judiciaire ⁷⁴.

Mais si l'usage commercial n'est pas muni *a priori* du sceau de l'autorité du garde ou du juge conservateur, il peut cependant toujours être invoqué, cette fois en aval, grâce à un parère, en cours de litige, par le marchand et/ou le négociant. On sait le procès commercial bien moins sourcilieux de l'ordonnancement des rites cumulatifs et successifs gouvernant les règles du procès civil, la justice sommaire est à ce prix. Cela se vérifiera évidemment quant au mode de preuve, celle-ci étant libre. Mais avant cela, il ne faut jamais oublier que le poids des faits y est aussi beaucoup plus conséquent, en concurrence souvent manifeste avec les questions de droit. Cela tient à la place, on le sait toute particulière, que peut occuper l'équité dans les procès commerciaux, et ce depuis les origines italiennes médiévales ⁷⁵. Certes la procédure sommaire révèle des caractères saillants dont la rapidité, la suppression des avocats et des procureurs, la réduction du rôle des témoins, la quasi-gratuité, mais aussi un jugement qui se fonde sur la « vérité des faits » et la « nature des choses » ⁷⁶. Cette

pour juger et déterminer, sans longs procès et figure de plaids, appelés ceux qui seront à appeler, *tous les débats qui se pourraient mouvoir entre les officiers et la marchands fréquentant lesdites foires, et durant icelles ; et que ceux qui seront tenus de payer de l'argent, tant du principal que des dommages et intérêts [...]* Il est bon d'observer que notre Edit ne veut pas que les juges et consuls appellent du conseil, s'ils n'en sont pas requis, encore faut-il que la matière le requière ; et en ce cas ceux qu'ils appelleront ne doivent pas être suspects aux parties ; ce qui est conforme à l'ordonnance d'Abbeville, art. 27 au règlement du Parlement de Dauphiné en l'an 1547, art. 3 » (Toubeau, *op. cit.*, p. 107-108). Savary précise que « [...] l'on a conservé presque par toutes les places du royaume, particulièrement à Lyon, l'usage des Parères, qui sont les avis des négociants qui tiennent lieu d'actes de notoriété, lorsqu'on les donne de l'autorité du conservateur, ou bien d'une consultation particulière, pour appuyer le droit de celui qui consulte » (Préface au vol. 2, *op. cit.*, p. 1362).

74. Bioche, art. « acte de notoriété », précité, p. 75 : « Autrefois les actes de notoriété se donnaient sur des points de droit comme sur des points de fait. Les officiers de justice ou les plus anciens avocats d'un siège attestaient d'un point de coutume ou d'usage. – Les tribunaux de commerce délivraient, sous le nom de *parères*, des actes de notoriété sur des points de jurisprudence ou d'usage du commerce. – Ces actes de notoriété avaient lieu, soit en exécution d'un arrêt, soit à la requête des parties intéressées. Ils n'étaient autorisés par aucun texte de loi, mais l'usage les avait rendus très fréquents ». Plus loin, à l'article « parère » : « Avis de négociants qui fait connaître les usages du commerce sur une question litigieuse. Les parères sont ordinairement demandés par les juges qui ont besoin de s'éclairer sur un fait ; ils ne valent que comme renseignement ou comme consultation, et n'ont aucune autorité obligatoire » (t. 2, p. 393).

75. J. Savary, *op. cit.*, vol. 2, p. 1881 : « Quoiqu'il en soit, dans ces sortes d'affaires les juges ne s'arrêtent pas à la subtilité des lois, et font et doivent toujours faire pencher la balance du côté de l'équité et de celui qui est de bonne foi, parce que l'équité est toujours justice, et la justice n'est pas toujours équité ».

76. S. Cerutti, « Fait et faits judiciaires », *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques*, 45, 2010, p. 152.

conception sera d'ailleurs particulièrement mise en exergue dans le *De iudiciis* de Benvenuto Scaccia ⁷⁷, le célèbre commercialiste italien de l'orée du xvii^e siècle.

Dans le strict cadre processuel le plaideur peut s'adresser à des négociants connus de lui dans le but d'obtenir un parère. Ici, nos sources divergent sur un point. En effet, le requérant s'exprime à travers un mémoire expositif du fait, pièce à laquelle répondent les consultés. Étrangement, Denisart et Pigeault qualifient le mémoire de *parère*, et la réponse des intéressés d'*avis* ou d'*attestation* ⁷⁸, alors que Savary réserve l'appellation de parère à ladite réponse, non pas au mémoire, position qui nous semble plus logique ⁷⁹. Mais, en amont du cadre processuel, un évènement notable concernant l'édiction des parères fut, en aval du règne de Colbert, la création des chambres de commerce.

Un candide aurait pu estimer penser que l'édiction de l'ordonnance de 1673, sédimentant nombre de pratiques antérieures, allait mettre un terme légal à la vie des usages en les fixant. C'était compter sans l'inventivité des pratiques marchandes, ce que Savary avait parfaitement saisi en tenant de combler les lacunes du texte légal, tant par le premier volume du *Parfait Négociant* (1675), que par la publication de la première partie ses *Parères* en 1689 ⁸⁰. L'insuffisance criante du texte de Colbert devait inaugurer ce que l'on pourrait appeler l'âge

77. B. Scaccia, *De iudiciis*, II, Venetiis, 1663, p. 50.

78. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 6^e éd., 1768, t. 3, entrée « Parère » : « 1. On nomme parère un mémoire expositif d'un fait de commerce à des négociants et banquiers, pour avoir leur avis : c'est proprement ce qu'on nomme au barreau, Mémoire à consulter. 2. Nous avons un ouvrage de Savary intitulé : *Parères* ou *Conseil sur le commerce*. 3. L'article 14 d'un arrêt du Conseil du 20 juillet 1702, portant établissement d'une Chambre de commerce à Lyon, et des sentences de la Conservation de la même ville, des 5 avril 1719 et 3 mars 1732, ordonnent que tous parères qui seront proposés et signés, sans avoir été présentés à la Chambre de commerce de Lyon, sur les usages et règles observés à la Place de Lyon, notamment pour les lettres et billets de change payables en paiements des foires, seront nuls et de nul effet, etc. ». Voir encore Pigeault, *La procédure civile du Châtelet de Paris*, Paris, Desaint, 1787, t. 1, p. 230 : « Lorsqu'il s'agit d'un fait de commerce, de banque, de finance, ou de l'interprétation d'une loi faite sur ces objets, il est assez d'usage de présenter un mémoire expositif du fait à des marchands, négociants, banquiers, gens d'affaire ou de finance, pour avoir leur avis ou attestation. Ce mémoire s'appelle *Parere* [...] Mais les avis ou attestations donnés sur ces parères n'ont guère de force, lorsqu'ils ne sont pas donnés ou confirmés par un tribunal de commerce. Il y a à ce sujet un arrêt du Conseil, du 20 juillet 1702, portant établissement d'une chambre de commerce à Lyon, et des sentences de la conservation de cette ville, des 5 avril 1719 et 3 mars 1732, qui les déclarent nuls, lorsqu'étant donnés sur les usages et règles observés à la place de Lyon, ils n'ont pas été présentés à la chambre de commerce ».

79. J. Savary, *Le parfait négociant*, Préface au vol. 2, *op. cit.*, p. 1362.

80. Trente-neuf parères figurant au sein des éditions ultérieures sont en effet posthumes (sur un total de cent neuf).

d'or des parères. Ce constat parfaitement objectif peut aisément être déduit des mesures qui présidèrent à l'érection des chambres de commerce en France. L'arrêt du Conseil du roi, en date du 29 juin 1700, institua en effet le Conseil royal du commerce⁸¹, suivi de peu par l'arrêt du 30 août 1701 ordonnant la création de chambres de commerce dans les principales villes commerçantes du royaume⁸². Cette dernière acte vient préciser que les parères, faits sur les places de la Bourse ou du change, ne pourront avoir d'autorité qu'après avoir été présentés auxdites chambres et approuvés par elles⁸³. Plus encore, deux sentences de la Conservation de Lyon, en date de 5 avril 1719 et 3 mars 1732, portèrent que tous les parères sur les usages et règles observés en cette ville (notamment pour les lettres et billets de change payables en paiement des foires), qui seraient proposés et signés, sans avoir reçu l'agrément de la chambre de commerce, seraient nuls et de nul effet⁸⁴. Les chambres fondées à Rouen (1703), à Toulouse (1703), à Bordeaux (1704), à Lille (1714) jouirent du même privilège⁸⁵.

À compter de ce moment, les archives des chambres de commerce ne vont cesser, sauf quelques ruptures dues à l'Histoire, de s'enrichir de nouveaux parères. Il n'est pas étrange que Savary ne les mentionne pas, n'ayant pas connu ces institutions marchandes de son vivant. Il est plus surprenant en revanche que son fils, Jacques Savary des Bruslons, qui continua son œuvre n'y ait pas particulièrement porté attention dans l'actualisation du *Parfait Négociant* à laquelle il procéda⁸⁶ ; il faudra attendre pour cela la publication de son célèbre *Dictionnaire Universel du Commerce*.

81. Il s'agit ici de la date de création d'une institution pérenne. Les précédents n'avaient pas été couronnés de succès.

82. L'arrêt du 30 août 1701 décide de la création de chambres particulières de commerce chargées de désigner les députés du commerce siégeant au sein du Conseil du Commerce. Pour de plus amples détails, v. E. Lelong, *Inventaire analytique des procès-verbaux du Conseil de commerce et du Bureau du commerce 1700-1791*, Paris, 1900 (particulièrement l'introduction) ; B. Wybo, *Le Conseil du commerce et le commerce intérieur de la France*, thèse, droit, Paris, 1936 ; S. Vosgien, *Gouverner le commerce au XVIII^e siècle : Conseil et Bureau du commerce*, thèse, droit, Paris 2, 2011. Paris ne fut pas concernée par la mesure (voir l'intéressante étude collective : *La Chambre de commerce et d'industrie de Paris 1803-2003*, Genève, Droz, 2003, p. 12 ; mais surtout C. Lemerrier, *Un si discret pouvoir – Aux origines de la chambre de commerce de Paris*, La Découverte, Paris, 2013).

83. L'art. 14 d'un nouvel arrêt du Conseil, en date du 20 juillet 1702, qui portait établissement d'une chambre de commerce à Lyon, confirma expressément l'application de cette règle, en ce qui concernait les parères qui seraient donnés sur cette place. Voir Guyot, *Répertoire...*, t. 44, entrée « Parère », p. 275.

84. Art. « Parère » in A. Carpentier, G. Frerejouan du Saint, *op. cit.*, p. 586.

85. *Ibid.*

86. On trouve toutefois au sein de l'addition de 1713 au *Parfait Négociant* mention d'un avis rendu par une chambre de commerce ayant permis l'adoption d'un texte

Un des avantages conséquents lié à la possibilité dont disposaient les chambre de commerce d'émettre des parères tenait à la prévention des litiges. Le plaideur potentiel averti de la faiblesse de son « droit » pouvait ainsi plus facilement accepter une solution amiable⁸⁷. Mais ces organismes ne sont et ne furent pas les seuls émetteurs de ce type de documents. Il apparaît ainsi, au XVIII^e siècle, à Turin, que le Conseil de commerce avait également pu produire des parères. Dans l'exemple fourni par Simona Cerutti, le parère a même pu prendre une dimension tout à fait particulière. En effet, l'institution piémontaise avait utilisé ce biais pour protester « officiellement » en faisant état de sa « résignation soumise » face à une mesure confirmative du Prince tendant à autoriser la perception de sportules (épices) par les membres du Consulat (*i.e.* la juridiction commerciale), au mépris de la gratuité traditionnelle de leur mission⁸⁸.

réglementaire. Le premier règlement, rendu sur les représentations des syndics de la chambre du commerce de Rouen, et de l'avis de l'intendant de cette généralité, contient huit nouveaux articles que Sa Majesté ordonne être ajoutés aux règlements déjà établis pour la fabrique des toiles fleurets et blancards [...] » (J. Savary, Préface au vol. 2, *op. cit.*, p. 344). En revanche, on trouve à l'article « Chambre » du *Dictionnaire Universel* de Savary des Bruslons (le fils de Jacques) mention du fait que les « parères faits sur la place de la Bourse [de Toulouse], n'ont d'autorité, qu'après que la Chambre les a approuvés ». Une assertion qu'il reprend à d'autres entrées consacrées aux autres chambres de commerce du royaume, par exemple Bordeaux (J. Savary des Bruslons, *Dictionnaire...*, *op. cit.*, p. 741).

87. « Sans doute les avis donnés n'avaient pas force exécutoire, mais comme on pouvait ensuite les produire comme consultations devant les juridictions ordinaires qui auraient été évidemment influencées par l'autorité de ceux qui les rendaient, il était toujours préférable de ne pas engager le procès. Les parties prenaient soin parfois, assez rarement d'ailleurs, de rédiger un acte notarié, dans lequel elles prévoyaient une clause pénale en cas d'inexécution de l'avis contenu dans le parère. La Chambre exerça ainsi pendant de longues années une influence arbitrale et conciliatrice qui permettait aux négociants de se dispenser de soumettre leurs différends au Magistrat » (J. Bouly de Lesdain, *Histoire de la juridiction consulaire de Dunkerque*, thèse, Lille, 1926, p. 23-24. [N.B. : Le Magistrat est en fait le corps de ville dont les membres exercent la fonction de juge municipal civil – il juge selon la coutume de Bruges car la place vient à peine d'être annexée au royaume de France, puisque Dunkerque ne dispose pas de sa juridiction consulaire avant 1776, soit justement 76 ans après l'édit qui en avait ordonné l'érection – et à cause des multiples résistances – et malgré l'appui de la Chambre de commerce.] Dans l'observation sur le parère XVIII de Savary, on peut lire : « Cette affaire n'a point eu de suite, parce que le banquier qui m'avait fait consulter sous le nom de Pierre, s'est accommodé avec François sa partie, auquel il avait fourni sa lettre. » (J. Savary, *Le Parfait Négociant*, vol. 2, *op. cit.*, p. 1573).

88. « En l'occurrence Charles Emmanuel III, en réponse aux demandes des marchands qui protestaient contre la perception de sportules au profit des juges du Consulat confirma pourtant cette perception des sportules. Cette institution était depuis peu (depuis 1730) dominée par les sénateurs aspirant à recevoir une rémunération digne de leur rang social. Cette confirmation de Charles Emmanuel provoqua une protestation du Conseil de commerce sous la forme d'un parère [...] » (AST, *Commercio*, cat. I, m. 1 da ordinare, n° 8, « *Parere del Consiglio di commercio circa la tassa delle sportule concessa ai membri componenti i Consolati e specialmente quelli di Torino* », 17 mai 1736 in S. Cerutti, *op. cit.*, p. 159).

Toujours à l'étranger, et toutes périodes confondues, le même phénomène d'édition des parères a pu se manifester, illustrant, si besoin était, l'universalité des marques du monde des affaires. Ainsi la Chambre des arts et métiers d'Allemagne s'était-elle vue octroyer, en 1897, la possibilité de délivrer des parères consacrés aux conditions de travail des ouvriers⁸⁹. Les parères ont également pu intégrer divers champs tenant à la propriété littéraire et artistique, comme en témoigne un avatar de la législation danoise de la fin du XIX^e siècle⁹⁰, voire encore des domaines aussi vastes que ceux que pouvait régir les avis ou parères de L'Union industrielle suisse fondée en 1879⁹¹. Liés

89. « Chambre des arts et métiers de l'Allemagne. « [...] en vertu de la loi impériale du 26 juillet 1897, la représentation des arts et métiers a été réglée pour l'Allemagne entière [...] les nouvelles Chambres des arts et métiers de l'Allemagne ainsi que les anciennes Chambres d'industrie qui ont assumé les droits et devoirs des Chambres d'arts et métiers sont soumises à un droit uniforme [...] Des comités d'ouvriers sont adjoints aux Chambres des arts et métiers. Les autorités fixent le nombre de leurs membres et leur répartition sur les comités d'ouvriers existant auprès des guildes. Les comités d'ouvriers doivent être entendus, s'il s'agit d'édictier des prescriptions concernant la situation des apprentis, de rédiger des parères et des rapports touchant la condition des ouvriers et de statuer sur les réclamations contre les décisions prises par les commissions d'examen » (*Bulletin de la Chambre de commerce de Paris*, 14^e année, n^o 18, 4 mai 1907, p. 525-526).

90. Projet de loi danois sur le droit littéraire et artistique, ainsi que sur le droit exclusif sur les photographies. Voté par le Sénat danois en 3^e délibération, le 26 mars 1891. Présenté avec des modifications à la Chambre des députés en octobre 1891. TITRE 1 *Du droit d'auteur sur les ouvrages littéraires*. [...] CHAPITRE V *Commission d'experts*. Art. 28. – « Le Ministère des cultes et de l'instruction publique nommera à Copenhague une commission d'experts, composée de savants, d'écrivains, de compositeurs, de libraires, d'éditeurs de musique et autres personnes compétentes [...] La commission d'experts décidera sur toutes les questions qui, conformément aux articles 5, 6 et 12, lui seront soumises par une des parties ; elle donnera, sur demande, des parères sur des points litigieux ayant trait à la matière réglée par les chapitres I à IV de la présente loi, pour les cas dans lesquels des connaissances spéciales techniques ou autres seraient nécessaires pour répondre à de telles questions. Lorsque la commission d'experts refusera de répondre à une question qui lui sera adressée par l'une des parties, celle-ci pourra provoquer une décision judiciaire – obligatoire pour la commission – sur le point de savoir si la question soulevée est de nature à lui être soumise. Le Ministère des cultes et de l'instruction publique fixera les règles spéciales concernant l'administration de cette commission, sa sphère d'activité, les indemnités pour les parères rendus, etc. Les dépenses auxquelles donnera lieu le fonctionnement de la commission d'experts seront accordées par la loi de finances » (*Bulletin de l'Association littéraire et artistique internationale*, Compte rendu du Congrès de Neuchâtel de 1891, 2^e série, n^o 19, fév. 1892, p. 85).

91. « Union industrielle suisse. Par ses tendances et son organisation, l'Union industrielle suisse ressemble à l'Union suisse du commerce et de l'industrie. Elle concentre tous les efforts qui se manifestent pour conserver et encourager les arts et métiers. Les associations industrielles suisses s'étaient déjà fédérées de 1852 à 1864 mais sans résultats durables. Ce n'est qu'en 1879 que, d'après le modèle de l'Union du commerce et de l'industrie, fut fondée l'Union industrielle suisse. Un *Vorort* élu pour trois ans nomme une Commission administrative de quatre membres. L'Union choisit huit membres et le *Vorort* trois membres pour la formation d'une Commission centrale correspondant à la Chambre suisse de commerce. L'Union industrielle reçoit, depuis 1866, la même subvention fédérale que l'Union du commerce et de l'industrie, ce qui lui permet d'étendre le champ de son activité. Un secrétariat permanent est mis à la disposition de la Commission

enfin indirectement au monde des affaires, des parères purent être produits par la Conseil Supérieur des Travaux Publics italien quant à la question de la navigabilité du Pô ⁹².

Dans l'esprit de grands projets fédérateurs du droit des obligations commerciales (voire du droit privé), qui firent l'objet de tant de congrès internationaux à compter des années 1880, émergea même une idée audacieuse. Le baron Decamps, lors d'une session de l'Institut de droit international (fondé à Gand en 1873) à Mons, évoqua même l'idée, restée lettre morte, de constituer une Cour internationale des parères. Celle-ci, composée d'éminents jurisconsultes,

« constituerait en principe, pour le droit privé, ou commercial, une grande juridiction arbitrale, organisée d'une manière permanente, toujours ouverte au libre recours des parties et pouvant faire l'objet d'une clause de compétence préférentielle en vue de litiges éventuels » ⁹³. Cette

administrative et de la Commission centrale. L'Union est un organe d'informations, à la disposition des pouvoirs publics auxquels elle fournit sur leur demande des avis et des parères, ainsi que des propositions émanant de sa propre initiative. Elle s'efforce en outre de ranimer les unions professionnelles locales par des conférences et des expositions » (*Bulletin de la Chambre de commerce de Paris*, 14^e année, n^o 29, 20 juillet 1907, p. 938).

92. E. Colin, « L'aménagement du Pô », *Annales de Géographie*, 1927, vol. 36, p. 73.

93. Texte du baron Decamps publié dans le *Bulletin de la Chambre de commerce de Paris*, 13^e année, n^o 15-18, 5 mai 1906, p. 408 et s. : « Considérant que, dans l'état actuel des transactions d'ordre privé, soit civil, soit commercial, qui se produisent dans le monde, de nombreux litiges surgissent qui, par leur caractère, débordent les juridictions nationales des divers Etats ; Considérant que dans de tels litiges, lorsque les Etats prennent fait et cause pour leurs nationaux, la Cour d'arbitrage de la Haye s'offre comme une juridiction générale facultative ouverte à leurs solutions, mais que dans les cas fréquents où le différend ne se trouve pas ainsi transporté dans la sphère de relations entre Etat, en d'autres termes, lorsque les plaideurs ne sont pas des Etats souverains comme tels, il arrive que le recours à une juridiction nationale déterminée est parfois impossible à fixer d'une manière satisfaisante, parfois tellement défectueux qu'on ne peut le considérer comme normalement admissible : Qu'ainsi, en cas d'abordage en pleine mer entre navires de nationalité différente, il se peut présenter des cas où aucune juridiction nationale ne soit indiquée comme ressort naturel de compétence ; Que, d'autre part, certaines affaires ont souvent de nos jours une telle envergure, que la juridiction organisée dans un Etat déterminé ne peut pas être considérée comme un organe de justice convenablement approprié à la solution des questions contentieuses auxquelles elles peuvent donner lieu ; Considérant en conséquence qu'à de multiples points de vue, la distribution de la justice dans le monde, au temps présent, réclamé à certains égards un complément d'organisation sur un type élargi ; Considérant que l'institution d'une Cour internationale des parères, composée de jurisconsultes d'une notoriété universelle, pourrait rendre d'éminents services ; Que, dans bien des cas, le choix de cette Cour comme juridiction compétente serait tout indiqué entre les parties ; Que cette Cour, n'étant pas imposée comme un tribunal obligatoire, n'offusquerait en rien la souveraineté des Etats et ne porterait pas atteinte aux juridictions nationales, mais constituerait en principe, pour le droit privé, ou commercial, une grande juridiction arbitrale, organisée d'une manière permanente, toujours ouverte au libre recours des parties et pouvant faire l'objet d'une clause de compétence préférentielle en vue de litiges éventuels ou d'un choix particulier en cas de litige survenu ; Considérant qu'une Cour des Parères saisie, à la demande commune des parties intéressées, pourrait d'ailleurs délivrer, suivant la demande de celles-ci, soit des avis juridiques, soit de vérita-

institution aurait été amenée à trancher les litiges ne relevant pas normalement d'un État déterminé ⁹⁴.

Aussi les parères purent, occasionnellement et indirectement, trouver une consécration législative à travers celle des usages. C'est là l'occasion d'évoquer la célèbre intégration de ces derniers en annexe de la loi du 13 juin 1866 concernant les usages commerciaux ⁹⁵. Mais l'inconvénient de ce type de procédé peut-être facilement mis en lumière. À l'image d'un papillon naturalisé, celui-ci perd toute faculté de mutation et est victime d'une fatale obsolescence. L'usage gagne certes en force, sa violation entraînant cassation ⁹⁶, mais y perd en souplesse. On objectera avec raison que la loi de 1866 n'avait qu'une valeur supplétive et que les parties pouvaient y déroger ⁹⁷. Par ailleurs, on pu voir, dans le domaine international, certaines organisations professionnelles créer des usages : dans le commerce international de

bles sentences arbitrales ; Considérant que la composition sur un type international d'un tel organe de justice serait de nature à donner à l'ordre judiciaire mondial, pour le droit privé un développement organique en harmonie avec le mouvement contemporain des affaires et avec le contentieux qu'il engendre ; Considérant que les Etats pourront y trouver, avec le temps, un point d'appui pour le règlement de certaines questions juridiques qui semblent réclamer le fonctionnement d'une Cour d'appel ou d'une Cour de cassation internationales ; Considérant que l'organisation pratique de la Cour ne paraît se heurter à aucun obstacle insurmontable ; Le Congrès mondial de Mons estime que l'état actuel des transactions dans le monde et des questions contentieuses en matière de droit privé, commercial ou civil, réclame l'institution, sur une type international, d'une Cour permanente des Parères à juridiction facultative générale, ouverte aux nombreux litiges qui ne relèvent pas normalement d'une juridiction nationale déterminée. Le Congrès prie le Gouvernement belge de prendre, au besoin, l'initiative d'une telle institution. Mis aux voix, successivement, les vœux qui précèdent rallient l'unanimité des suffrages de l'Assemblée ». Voir Demogue *L'unification internationale du droit privé*, Rousseau, Paris, 1927, p. 30 et 32. « L'institut de droit international s'est constitué à Gand en 1873 [...] par des congrès tenus tous les deux ans [...] ses travaux sont assez divers. Les uns concernent le droit international public en temps de guerre. D'autres ont pour objet le conflit des lois. Mais certains visent à une certaine unification du droit privé [...] ».

94. *Ibid.*

95. Il faut, à notre avis, considérer qu'il y a renvoi légal aux usages quand le législateur prend soin de constater par la loi l'existence de l'usage. La loi du 13 juin 1866, complétée par la loi du 17 mars 1931, a décidé, ainsi, que, dans les ventes commerciales, les conditions, tares et usages indiqués dans un tableau annexé à la loi, seraient respectés dans toute l'étendue de la France sauf convention contraire. Ces usages ont pris de ce texte force de loi. On peut également citer l'article L. 442-6 du code de commerce exigeant pour la rupture des relations commerciales établies un délai de préavis tenant compte des « usages reconnus par des accords interprofessionnels (L. Vogel, *op. cit.*, p. 34-35).

96. E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, Rousseau, Paris, 1904, p. 44.

97. Y. Guyon, *Droit des affaires*, Paris, Economica, 2003, p. 27. On tempèrera quelque peu la latitude dont les parties pourraient disposer : « La loi de 1866 respecte toutes les conventions particulières contraires. Mais elle ne permettrait pas d'invoquer un usage local contraire ; ceci a été dit lors de la discussion de la loi, et le législateur a pris soin de n'insérer dans la loi que les usages tout à fait généraux » (A. Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, 1876, p. 15).

la soie ou des grains (les contrats types de *London Corn Trade Association*). Citons également les usances du crédit documentaire à partir desquels, en 1933, la Chambre de Commerce Internationale, a élaboré un recueil. Enfin, en matière maritime, nous trouvons les règles d'York et d'Anvers, appliqués aux avaries communes (élaborée par l'*International Law Association*)⁹⁸.

B Les éléments de reconnaissance de la nature du parère

a) La forme des parères

La forme des parères n'est nullement régie par quelque source que ce soit, fût-elle jurisprudentielle. Mais il est évident que, comme tout certificat ou témoignage écrit, les règles habituelles de datation, de signature de(s) l'individu(s), ou des autorités dont ils émanent, figurent clairement dans l'acte. En Italie, l'apposition du sceau notarial au bas de la liste des marchands ayant rédigé le parère pouvait conférer une certaine officialité au document⁹⁹. À partir du XIX^e siècle toutefois, on exigera que ceux-ci soient formulés sur du papier timbré, ordinaire pour le territoire, extraordinaire lorsque des facteurs d'extranéité entraînent en jeu¹⁰⁰. Les parères énoncés dans un jugement devront être annexés à ce jugement et enregistrés avec lui¹⁰¹.

98. Juglart (M. de) et Ippolito (B.), *Droit commercial*, Paris, Montchrestien, 1970, vol. 1, p. 30.

99. P. Jeannin, « La profession de négociant entre le XVI^e et le XVIII^e siècle », *Marchands d'Europe, Pratiques et savoirs à l'époque moderne*, Paris, 2002, p. 296. Voir aussi G. CALAFAT, *op. cit.*, p. 152 : « La consultation des marchands avait ainsi plusieurs conséquences : elle renforçait les liens entre marchands signataires et demandeurs de parères, conférait aux savoir négociants une autorité juridique, et faisait donc rentrer l'expertise professionnelle au sein des tribunaux ».

100. Art. « Parère » in A. Carpentier, G. Frerejouan du Saint, *op. cit.*, p. 588.

101. *Ibid.* À ce propos avait dû se poser la question de la force probante de parères rendus à l'étranger devant un tribunal étranger. « Il reste à savoir si des parères donnés devant un tribunal étranger, sur un point d'usage de droit commercial, peuvent être produits devant un tribunal français et servir de base au jugement de ce tribunal. L'affirmative ne saurait être douteuse. Des parères délivrés par des négociants étrangers, sans l'intervention d'aucun juge étranger, peuvent assurément être pris en considération par les tribunaux français. Pourquoi en serait-il autrement lorsque ces parères ou les attestations dans lesquelles ils consistent ont été données devant un juge étranger ? Les lois qui ne permettent d'exécuter en France les jugements étrangers qu'après qu'ils y ont été déclarés exécutoires, sont ici sans application. Il ne s'agit ni de jugement, ni d'exécution ; mais seulement de la constatation d'un fait, à laquelle l'intervention de la justice a donné une sorte d'authenticité. « Ce n'est point par les juges espagnols disait encore M. Merlin, mais en leur présence, qu'ont été délivrés les actes de notoriété sur lesquels le tribunal de commerce de Paris a en partie motivé son jugement ; et assurément, des attestations qui auraient pu être données devant un notaire ou sous scings privés, et qui dans l'une ou

Les demandes de parères, ainsi que ces instruments eux-mêmes, ne désignent normalement pas nominativement les parties, dans le but bien évidemment de ne pas influencer les rédacteurs de l'acte ¹⁰². On trouve ainsi régulièrement les Primus, Secundus, Moebius, Paul, Pierre, voire de simples initiales ¹⁰³, comme on l'observe dans les parères de Savary. Mais il ne faut guère être trop crédule et s'imaginer que le petit monde des marchands constituant la population des places commerciales ne soit pas, en réalité, au courant des affaires ; d'autant plus que nombre de membres des chambres de commerce sont en même temps juges consulaires ¹⁰⁴. Lorsqu'une chambre délibérait sur le contenu des parères, un secrétaire prenait des notes à la hâte, lesquelles étaient ensuite portées au propre sur des registres ¹⁰⁵. Au bas du document figure l'avis de la chambre mais, lorsqu'il y a discordance des opinions, on trouve alors deux avis correspondant pour l'un à la majorité, l'autre à la minorité, étant précisé que cette dernière n'était pas liée par la *maior pars* ¹⁰⁶. L'étude systématique, la seule apparemment existante, menée sur les parères de Guyenne, a pu

l'autre forme auraient pu être prises en considération par le tribunal de commerce de Paris, n'ont pas perdu tout croyance par cela seul qu'elles ont été données en justice » (Masse, *op. cit.*, t. 2, p. 55).

102. J. Bouly de Lesdain, *Histoire de la juridiction consulaire de Dunkerque*, thèse, Lille, 1926, p. 23.

103. A. Faure, *op. cit.*, p. 54.

104. « [...] les Directeurs du Commerce de Guienne prononçaient sur des espèces à eux soumises par des inconnus ; mais en fait ? En fait ils savaient le nom des parties... Et sur ce point nous ne partageons absolument pas l'opinion de M. Brutails qui prétend que l'usage était d'exiger un anonymat rigoureux. Il n'y avait pas toujours anonymat, en effet, même anonymat apparent (des initiales par exemple). Et il est arrivé à la Chambre, en des jours où elle était prise d'un beau zèle d'impartialité, plus exactement peut-être de formalisme, de renvoyer à la partie consultante le parère à elle proposé, pour substituer au nom de famille des prénoms, il en est où nous lisons en toutes lettres les noms des négociants en cause. Nous pourrions en citer des centaines sans exagération, tant cet anonymat était peu respecté. » (A. Faure, *op. cit.*, p. 54).

105. Pratique que l'on retrouve, par exemple, à Bayonne. « En dehors des questions générales de commerce les chambres s'occupaient des questions particulières à chaque commerçant ; aussi existe-t-il à celle de Bayonne de nombreux volumes de Parères. Les parères étaient l'exposé des affaires litigieuses que les négociants et marchands soumettaient aux chambres de commerce pour leur appréciation. Ces affaires étaient souvent examinées en séance même, suivant leur importance, ou bien confiées à l'un des membres qui en faisait un rapport. La chambre donnait ensuite son avis, et cet avis était consigné en détail sur les registres des parères et servait de jugement. Les commerçants s'éclairaient ainsi sur les questions difficiles de leur métier, sur les points douteux et pouvant donner lieu à un débat. L'arbitrage de la chambre, à qui ils donnaient leur entière confiance, parce qu'ils savaient y trouver à la fois expérience et bonne foi, était pour eux comme la loi qui appréciait et qui jugeait » (H. Léon, *Etude historique sur la chambre de commerce de Bayonne*, Paris, Michel Lévy, 1869, p. 44-45).

106. A. Faure, *op. cit.*, p. 60. Voir *infra* en annexe n° 1 un exemple de parère, en date du 15 mai 1758, clos par des avis divergents des conseillers de la chambre de commerce de Bordeaux.

également révéler que le soin mis à leur confection (longueur des exposés, qualité de la rédaction, décision elle-même) subit une nette dégradation dans les deux derniers tiers du XVIII^e siècle¹⁰⁷. On distingue, en fonction de leur longueur les mémoires des simples avis¹⁰⁸.

Quant aux célèbres parères de Savary, qui ont fait l'objet du deuxième volume du *Parfait Négociant*, si leur forme est toujours soignée, ceux-ci s'avèrent être très disparates, particulièrement quant à leur longueur. Certains tiennent en trois pages, d'autres deux ou trois dizaines, voire davantage. Mais le fait que l'auteur ait voulu contribuer à donner ses lettres de noblesse au droit des marchands contribue finalement à les rendre atypiques au regard de la concision et de la brièveté avec lesquelles ils sont d'ordinaire rédigés. Les longs développements consacrés à l'exposé des faits, les efforts manifestes de Savary pour étayer ses propos de citations légales et jurisprudentielles, en font davantage une œuvre à dimension doctrinale qu'un véritable révélateur de ce que purent constituer les parères dans la pratique. Ce constat est encore accru en matière de lettres de change lorsque Savary co-signes ses parères avec Jacques Dupuis de la Serra, lequel a par ailleurs rédigé une partie conséquente du *Parfait Négociant* consacrée à cette thématique. En examinant par ailleurs l'organisation ses vingt parères rendus par Nicodème¹⁰⁹, on retrouve les mêmes distorsions que chez Savary, concernant notamment le nombre de pages qui leur sont respectivement consacrées.

107. « Au début les décisions étaient très développées peut-être parce que les espèces soumises à la Chambre étaient relativement peu nombreuses. Et il en fut ainsi jusque vers la fin du premier tiers du XVIII^e siècle. À cette époque les parères abondent... et les décisions deviennent plus courtes. Contrairement à ce que l'on remarque dans la période précédente on ne fait plus que de brèves allusions aux articles ordonnances pour étayer les avis. Puis lorsque nous arrivons vers le dernier quart du siècle, les parères se succèdent plus hâtifs ; les Directeurs rendent leurs décisions par de simples mentions très brèves : « le demandeur est fondé... ; les assurés ont tort... » Les exposés eux-mêmes sont moins longs. Ils n'ont plus l'ampleur des mémoires du début du siècle. Ils sont moins bien rédigés, moins étudiés ; quand des arguments sont présentés à l'appui de la demande – ce qui n'arrive pas toujours, l'exposant se bornant souvent à mentionner le fait sans plus – c'est d'une manière sèche et souvent obscure dans sa brièveté. On dirait que les parties se désintéressent elles-mêmes de la question. Tout le monde, et les Conseillers du commerce surtout, paraît vouloir aller vite, comme si le temps était devenu plus précieux. L'abondance des questions proposées diminue brusquement. [...] » (*ibid.*, p. 54).

108. « Les parères se présentent sous différentes rubriques : les uns sont des mémoires » parmi lesquels il en est qui n'ont pas été transcrits sur le registre « vu leur longueur », les autres des « avis » n'ayant souvent qu'un intérêt très secondaire. Enfin il y a les parères proprement dits, ceux qui figurent sous cette mention et qui sont relatifs aux matières les plus diverses. Leur importance est fort inégale et beaucoup d'espèces n'offrent aucun intérêt [...] » (*ibid.*, p. 45-46).

109. P. J. Nicodème, *op. cit.*

Comme on a pu l'annoncer plus haut, il n'existe pas de schéma-type pour la confection d'un parère, qu'ils soient émis par un organe, un individu ou encore par un « auteur ». Ainsi l'exposé des faits, s'il apparaît systématique, n'apparaît qu'exceptionnellement sous une rubrique intitulée expressément *exposé des faits*. Les subdivisions autres ne sont jamais identiques. Une ou plusieurs questions sont traitées sous la rubrique *Question 1, Question 2*, etc. Suivent parfois des *Réflexions*, des *Avis* et des *Consultations*, lesquelles sont le produits de divers intervenants, souvent anonymes, mais qui sont aussi parfois des juges consuls en fonction ou à la retraite. On trouve d'autres subdivisions intitulées *Maximes légales, Arrêts, Sentences juridictions consulaires, Délibérations* de ces mêmes juges sur le parère proposé, voire des *Assertions résolutive*s. La rubrique *Conclusion* est enfin parfois présente. En bref, rien de suffisamment systématique ne permet de conclure à l'existence d'un quelconque schéma-type d'organisation formelle des parères.

Enfin, en matière internationale, les tribunaux consulaires n'exigeaient pas rigoureusement la *légalisation* de la signature des rédacteurs de parères ¹¹⁰. Cette pratique de légalisation est aujourd'hui peu ou prou tombée en désuétude en raison de la multiplicité des conventions bilatérales passées aujourd'hui entre la France et d'autres États souverains, ces accords dispensant de ladite formalité ¹¹¹. Cette dernière consiste en une certification administrative de la qualité du signataire de l'acte. De ce point de vue, elle s'apparente à l'apostille qu'on lui préfère désormais ¹¹². Celle-ci est aujourd'hui délivrée par le

110. Art. « Parère » in A. Carpentier, G. Frerejoutan du Saint, *op. cit.*, p. 588. Cf. Guillaumin, article « parère », *Encyclopédie du commerçant, Dictionnaire du commerce et des marchandises*, Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1841, p. 171 : « Lorsque les parères viennent d'un lieu éloigné, et notamment de l'étranger, ils doivent être légalisés, afin de faire foi de la vérité des signatures ».

111. « La légalisation est l'attestation par un fonctionnaire de l'exactitude de la signature apposée au bas d'un acte et, s'il s'agit d'un acte public, de la qualité de ceux qui l'ont reçu ou expédié. Elle diffère de la certification de signature et ne vaut pas attestation de la vérité de celle-ci [...] Le défaut de légalisation n'entraîne pas la nullité de l'acte sur lequel la signature est apposée, mais son absence permet à la partie contre laquelle l'exécution est poursuivie, de faire suspendre l'exécution de l'acte non légalisé ou au juge de surseoir à statuer sur l'exequatur de la décision qui lui est soumise [...] Les actes passés à l'étranger et destinés à être utilisés en France doivent être légalisés par le consul français dans la circonscription duquel ils ont été reçus ou expédiés [...] Par ailleurs, l'acte passé à l'étranger peut être légalisé en France par le consul du pays où l'acte a été établi » (M. Revillard, *Droit international privé et pratique notariale*, 4^e éd., Paris, Defrénois, 1998, p. 311, 312 et 319).

112. « Si dans le régime interne, l'exigence de la légalisation a été supprimée, celle-ci demeure nécessaire dans les rapports avec l'étranger. La régularité de cette formalité sera exigée notamment par les services de la publicité foncière, qui rejeteront un acte non légalisé ; Toutefois, une procédure simplifiée a été progressivement mise en place et des conventions internationales sont intervenues pour dispenser de la légalisation ou pour

procureur de la République de la cour d'appel dont relève l'autorité émettrice de l'acte ou du consulat lorsque l'acte a été passé à l'étranger.

b) *Éléments de fond*

Parce que bien trop vastes, il est hors de question ici de traiter de toutes les questions de fond abordées dans les parères : leur étude n'entre pas dans le champ de notre investigation. Quoi qu'il en soit, les parères, qui rendent public ce qui n'est pas apparent aux yeux de tous (public, juges), relèvent essentiellement, mais pas seulement, du domaine des affaires *lato sensu*. Nous n'avons en effet trouvé qu'assez peu d'occurrences dans les matières autres, même si l'utilité reste voisine. On en trouve ainsi un avatar en droit fiscal lorsque la loi du 31 décembre 1828, établissant l'enregistrement aux Antilles¹¹³, assi-

alléger son formalisme [...] Lorsqu'il y a un traité dispensant de la légalisation avec le pays étranger où l'acte a été établi ou lorsque l'acte est dressé dans l'État où s'applique la convention de La Haye, l'acte sera soit dispensé de légalisation, soit soumis à la formalité de l'apostille pour être produit en France » (*ibid.*, p. 312 et 319).

113. J. Camps, *Code et dictionnaire d'enregistrement de timbre, de greffe, d'hypothèque et des contraventions aux lois sur le notariat*, Paris, 1857, p. 109, art. « parère » : « Terme usité dans quelques lois et notamment dans l'ordonnance du 31 décembre 1828 sur l'établissement de l'enregistrement aux Antilles, pour indiquer le taux commun des objets payables en nature. Le parère est un avis de négociants sur des questions de commerce. Il a pour but d'établir le cours ». Dans ce texte auquel Camps fait allusion on trouve ceci : « *Ordonnance royale du 31 déc. 1828, portant établissement de l'enregistrement à la Martinique, à la Guadeloupe et ses dépendances et à la Guyane française*. TITRE 1^{er} chap. II – Des valeurs et des bases sur lesquelles le droit proportionnel est assis, et de l'expertise. Section 1 Des valeurs et des bases : « Les rentes et pensions stipulées payables en nature seront évaluées aux mêmes capitaux, estimation préalablement faite des objets d'après le taux commun résultant des mercuriales ou parères des trois dernières années de la commune de la situation des biens à la date de l'acte, s'il s'agit d'une rente créée pour l'aliénation d'immeubles, ou, dans tout autre cas, d'après le prix moyen des mercuriales ou parères des trois dernières années du lieu où l'acte a été passé. – Il sera rapporté à l'appui de l'acte, un extrait certifié de mes mercuriales, ou un parère signé par trois négociants patentés ou par trois propriétaires, suivant la nature de l'objet à estimer. – S'il est question d'objets dont le prix ne puisse être réglé par des mercuriales ou parères, les parties en feront déclaration estimative [...] La valeur de la propriété, de l'usufruit et de la jouissance *des immeubles* est déterminée, pour la liquidation et le paiement du droit proportionnel, ainsi qu'il suit, savoir : – 1^o Pour les baux à ferme ou à loyer, les sous-baux, cessions, subrogations et résiliations de baux, *par le total formé du prix et des charges de toutes les années du terme le plus long auquel la jouissance puisse s'étendre, pourvu que la durée du bail soit limitée*. – Si le prix et les charges sont stipulées payables en nature, il en sera fait une évaluation d'après le taux moyen des trois dernières années à la date de l'acte des mercuriales ou parères de la commune où sont situés les biens, et il sera produit un extrait certifié desdites mercuriales, ou un parère signé par trois négociants patentés ou trois propriétaires, suivant la nature de l'objet à estimer. – Il en sera de même des baux à portion de fruits, pour la part revenant au bailleur, dont la quotité sera préalablement déclarée, et sur la valeur de laquelle le droit d'enregistrement sera perçu. – S'il s'agit d'objets dont la valeur ne puisse être constatée par les mercuriales ou parères, les parties en feront une déclaration estimative [...] ». *Idem* pour la Nouvelle-Calédonie

mila les parères à des mercuriales. Délivrés par trois propriétaires ou trois marchands, leur fonction consistait en cette occurrence à déterminer la valeur des objets sur lesquels on devait asseoir la perception du droit proportionnel. Mais il est vrai que cette référence aux usages en droit fiscal est encore présente aujourd'hui ¹¹⁴ ; une, particulièrement, rappelle l'exemple que nous venons de donner puisque l'usage régleme les pratiques d'évaluation des fonds de commerce et des fonds artisanaux ¹¹⁵. La production de parère a pu également être évoquée en matière d'usages ruraux ¹¹⁶.

En droit des marchands, quelques exemples pratiques révèlent l'utilité de cet instrument : ils peuvent jouer un rôle de précision sémantique en fonction des circonstances ¹¹⁷, d'évaluations de données diverses telles le cours des denrées et monnaies ¹¹⁸. Que ce soit

(Nouvelle-Calédonie et dépendances. Arrêté sur les délibérations du conseil général sur l'enregistrement du 12 février 1886, Imprimerie Nouméenne, Nouméa, 1886, p. 6 et s.).

114. Y. Guyon, *op. cit.*, p. 27 : « Mais les usages jouent parfois un rôle en dehors des relations entre parties [...] en droit fiscal, les amortissements constituent des charges déductibles du moment qu'ils sont conformes aux usages (CGI, art. 39-1-20) ». Voir aussi L. Chatain-Autajon, « Le renouveau en matière fiscale : du refus des usages au *benchmarking* en matière de prix de transfert », *Journal des Sociétés*, n° 92, nov. 2011, p. 32 : « Certaines pratiques fiscales tant des entreprises que de l'administration ne relèvent pas de la loi, mais de l'habitude. Parmi les pratiques les plus connues, on peut citer les durées fiscales d'amortissement des actifs, la détermination des prix de transfert et les modes d'évaluation des fonds ».

115. Voir le dernier point de la note précédente.

116. A. Bourguignat, *Traité complet de droit rural appliqué*, Paris, Bouchard-Huzard, 1852, p. 4.

117. E. Frignet, *Traité des avaries communes et particulières*, Paris, Franck, t. 1, p. 146-148 : « Il existe cependant en dehors des principes généraux, quelques règles spéciales d'interprétation [...] dans les cas où la difficulté porte sur des termes techniques ou des expressions locales. On doit alors s'en rapporter à des experts ou se déterminer par les *parères* des négociants du lieu du contrat. Ceci se rencontre surtout, lorsqu'il s'agit du lieu de désignation du chargé : ainsi le mot *grains* peut prendre, suivant les contrées, un sens plus étendu ou plus avoir, s'appliquer au blé seulement ou s'étendre aux pois, fèves, riz et autres farineux ...] Quelquefois aussi la difficulté s'élève à propos de dénominations géographiques : ainsi, quoique certains géographes considèrent le golfe de Fin lande comme une mer distincte de la Baltique, les commerçants sont dans l'usage de comprendre les ports de ce golfe parmi ceux de la mer Baltique. Une assurance qui sera faite pour un voyage de Londres à l'un des ports de la Baltique couvrirait donc le navire qui aborderait à Revel ».

118. Où l'on retrouve encore le domaine extra-métropolitain... Voir T. Bonnefoy, *Table alphabétique et analytique pour servir aux recherches à faire à la Cour suprême de l'Île Maurice...*, Chanell, 1853, p. 347 art. Parère – *Ass. Col.* – « Celui de l'indigo et du coton se fera le primidi et sextidi de chaque semaine. 26 ventôse an V. Enregistrement 5 germinal même année. N° 559 du Reg. 24. Le Tribunal de commerce nommera, chaque décade, trois négociants qui seront chargés de la formation des parères. 8 floréal an V. Enregistrement le 15 du même mois. Arrêté qui ordonne qu'il sera fait un parère des valeurs successives qu'ont eues comparativement au papier-monnaie de cette colonie, la piastre forte d'Espagne, l'indigo, le coton, d'après le libre cours de ces objets à différentes époques/ 24 vendémiaire an VII. Enreg. 27 du même mois. N° 667 du Reg. 24 [...] ».

dans l'étude d'André Faure sur les parères de Guyenne ou dans les parères rédigés tant par Savary que Nicodème¹¹⁹ ou autre commercialistes, on observe que la répartition n'est pas tout à fait analogue quant aux questions de fond abordées par ces documents. L'explication tient au fait que les parères de Guyenne contiennent fatalement des questions touchant au droit maritime, domaine presque absent des écrits de Savary. On pourrait logiquement s'attendre à une différenciation thématique analogue tenant à la localisation des places, question qui reste à étudier. Un point commun remarquable toutefois, tient au fait que la principale thématique, et de très loin, concerne les lettres de change. Plus encore que toute autre question, celle de la négociation de ces effets portait à mettre en exergue le rôle évidemment capital de cet instrument dans les usages des diverses places concernées¹²⁰. Les principales thématiques de la place de Bordeaux se répartissent quantitativement comme suit : lettre de change, les assurances, commission, billets, société, faillite, vente commerciale¹²¹. Chez Savary, en revanche, on observe la décroissance suivante : lettres de change, faillite et notions voisines, état des personnes, sociétés, compétence et preuve¹²². Les parères les plus remarquables de la période contemporaine portent sur les questions

119. P. J. Nicodème, *op. cit.*

120. À condition toutefois qu'il existe des parères : « *A. M. le Ministre du Commerce et de l'Industrie* Roubaix le 19 septembre 1892. Monsieur le Ministre. Vous avez bien voulu me communiquer la lettre par laquelle M. Lecouflet demande ; 1° Un exemplaire des règlements ou usages qui régissent à Roubaix le commerce des laines. 2° Un exemplaire des marchés afférents aux laines contenant les clauses imprimées ou manuscrites qui sont le plus souvent insérées dans le contrat. 3° Une copie, au cas où il n'existerait pas d'usages imprimés, des parères qui sont généralement acceptés et qui les remplacent, et, dans le cas où il y aurait des usages imprimés, des parères qui les modifieraient ou les annuleraient. Il n'existe à Roubaix ni règlements ni usages imprimés régissant le commerce des laines, sauf pour le marché à terme et les ventes publiques dont il est question ci-après. On n'y use point de parères. En traitant une affaire les intéressés en règlent les conditions de commun accord et à leur guise [...] *Le Président, Henry Mathon* » (*Archives de la chambre de commerce de Roubaix*, XVIII, 1892, Alfred Reboux, Roubaix, 1893, p. 76).

121. Matière concernées : lettre de change 542 espèces ; assurances 388 ; commission 371 ; billets 185, société 182 ; faillites 177 ; vente commerciale ; 112, intéressés à un armement ; 98 ; fret 98 ; paiement (avances, intérêts, compensation) 75 ; avaries 67 ; contrats de garantie 50 ; grosse aventure 47 ; salaire des équipages ;45 ; capitaine 39 ; pacotille 30 ; saisie 22 ; livres de commerce 19 ; prêt usure 19 ; prises 16 ; connaissance 10 (A. Faure, *op. cit.*).

122. Sur 109 parères composant le deuxième volume du *Parfait Négociant* : 69 sont consacrés aux lettres de change ; faillites et notion liées 27 ; état des personnes 24 ; sociétés 18 ; compétence des tribunaux et preuve 12 ; droit du travail 3 ; assurance 1 ; commissions 1, commerce de gros 1. Chez Nicodème, sur vingt parères, huit concernent les billets, cinq les lettres de change, deux la solidarité sociale, deux la faillite, les autres des questions relatives à la revendication de marchandises, aux défraiements et enfin à l'intérêt.

des pratiques boursières et sur les divers usages bancaires. Certains, célèbres, furent formulés par les plus grands banquiers parisiens du XIX^e siècle et purent notamment contribuer au vote de la célèbre loi du 8 avril 1885 autorisant les marchés à terme¹²³. À l'image des parères turinois, on notera toutefois que ces derniers types de parères sont un peu particuliers par leur dimension politique, en ce sens qu'il s'agit d'une véritable invitation faite aux pouvoirs publics d'infléchir la réglementation, la législation¹²⁴. Les parères de l'*Association Française des Banques* perpétuent aujourd'hui cette tradition¹²⁵. Mais qu'en est-il de la force des parères ?

II. Les parères à l'épreuve du feu

C'est surtout avec l'avènement de la période contemporaine que la question de l'existence et de la force du parère devient matière à discussion. Certes, il ne s'agit pas de nier que, dès l'Ancien Droit, le parère ait pu avoir à se mesurer à la dimension légale que commençait à prendre le droit des marchands. Mais, dans un système normatif encore pleinement ouvert à la norme extra-légale, la question ne se posait pas encore dans une mesure trop incisive. Le légalisme post-révolutionnaire n'allait cependant pas, nonobstant un contexte peu favorable, sonner le glas de ce mode d'expression des usages marchands. Il posait cependant avec une force renouvelée, le besoin, déjà identifié sous l'Ancien Droit¹²⁶, de définir avec une précision plus

123. Voir notamment les parères de 1824 et du 12 juin 1842, *D.* 1885. 4. 25. Le premier est notamment signé de Laffitte, Mallet frères, Rougemond de Lowemberg, Périer frères, Pillet-Vill, Guérin de Foncin, L. Durand, J. Lefèvre, Dechapeaurouge, César de Lapanouze, Goulard, J.-F. Chevals etc. ; le second de Raguenaute, Hottinguer, le Rothschild, Fould, Ch. Laffitte et Blount, Callayhon, de Garent, Ferrère-Laffitte, Larien, Lavareille.

124. Parère du 12 juin 1842 (*D.* 1885. 4. 27) : « Nous soussignés, banquiers et capitalistes, après avoir pris connaissance de la déclaration faite en 1824 par les principales maisons de banque de la place de Paris, nous nous empressons de la confirmer de la manière la plus explicite, et croyons devoir appeler l'attention du ministre sur la difficulté et même l'impossibilité qu'éprouveraient les grandes opérations financières qui se rattachent au crédit public, si ce mode de négociation consacré par les habitudes et les nécessités de la place devait être entravé ». Sur la portée de ces parères, voir Mollot, *Bourses de commerce, agents de change et courtiers...*, 3^e éd., Paris, Cotillon, 1853, p. 365-367 et pour le texte des parères de 1824 et 1842, p. 782-783. Voir aussi le *Mémoire de la Chambre syndicale des agents de change*, Paris, J. B. Gros, 1843, p. 125 et s.

125. Voir *infra*.

126. On rappelle ici le souci affiché de conformité à la loi qu'ont pu présenter nombre de parères, tant chez les praticiens au sens strict, que ceux que nous appellerons les « commercialistes » (soit la référence patente aux dispositions légales, règlements divers et autres décisions de jurisprudence d'importance).

grande la force et le rôle que pouvaient encore conserver les parères. Ce qui sépare donc la période ante et post révolutionnaire n'est pas tant la question de la nature des discussions autour du parère, mais leur intensité accrue ; pas de différence de nature donc, mais de degré.

A. La persistance de la pratique des parères en dépit du légicentrisme

L'hostilité affichée envers les corps intermédiaires par loi Le Chapelier et le décret du 27 septembre 1791 accoucha vite de l'interdiction des chambres de commerce, où s'étaient en quelque sorte réfugiés les anciens maîtres des corporations pour assurer la défense de leurs intérêts¹²⁷. Sans entrer dans la question de savoir si les chambres de commerce avaient été créées ou recrées en 1802 (1803 pour Paris)¹²⁸, il s'agit de savoir si leurs nouvelles attributions emportaient, ou pas, la possibilité de délivrer des parères comme elles l'avaient fait jusqu'alors. Loin d'être anecdotique, la question se posait avec d'autant plus d'acuité que le jeu des articles 5 du code civil et 1041 du code de procédure civile interdisait toute émission d'acte de notoriété par les juridictions¹²⁹, y compris commerciales¹³⁰, position d'ailleurs reprise en droit belge¹³¹.

127. L. Meignen, M. Quenet, « Aux origines de la Chambre de commerce de Paris, » *La Chambre de commerce et d'industrie de Paris 1803-2003, Histoire d'une institution*, Genève, Droz, 2003, p. 24-25.

128. *Ibid.*, p. 26-28.

129. « Cette abstention, si elle n'est pas forcément prescrite par la loi, est cependant une juste et saine interprétation de l'art. 86 C. pr. civ., qui défend d'une manière générale aux magistrats de donner des consultations ; elle était même généralement observée par les anciens magistrats consulaires » (M. E. Camberlin, *Manuel pratique des tribunaux de commerce*, Paris, Maresq, 1879, p. 82). Art. 86 C. pr. Civ. : « Les parties ne pourront charger de leur défense, soit verbale, soit par écrit, même à titre de consultation, les juges en activité de service, procureurs généraux, avocats généraux, procureurs du roi, substituts des procureurs généraux du roi, même dans les tribunaux autres que ceux près desquels ils exercent leurs fonctions [...] » (éd. de Demonville, Paris, 1818).

130. « Observons enfin que les tribunaux de commerce, pas plus que les autres tribunaux, ne peuvent donner d'actes de notoriété touchant les usages, par forme abstraite et en manière de règlement (art. 5 C. civ.). Ils ne peuvent constater un usage que quand ils ont à l'appliquer à une contestation qui existe devant eux, ou s'ils en étaient requis soit par une commission rogatoire d'un autre tribunal, soit par un arrêt de Cour d'appel, pour une affaire pendante devant eux » (Delamarre et Le Poitvin, *op. cit.*, p. 455-456).

131. La cour de Bruxelles, par arrêt du 9 mai 1831, a jugé que les cours de justice en Belgique t incompétentes pour délivrer de semblables actes de notoriété (D. Bazzoche, G. Meulemans, *op. cit.*, p. 48). On notera cependant qu'en droit belge le parère s'étend à la matière civile (F. Laurent, *Droit civil international*, Bruxelles/Paris, 1880, t. 2, p. 483). L'auteur regrette par ailleurs l'impossibilité dans laquelle les juridictions commerciales et civiles sont de pouvoir délivrer des parères, au motifs que ceux-ci ne constituent ni un jugement, ni un règlement, mais une simple attestation de fait ; on notera qu'a. procède par analogie au regard des *réversales* (p. 482-483).

Certes les membres des chambres de commerce, n'étant pas des administrateurs et ne participant à aucune fonction juridictionnelle, ne voyaient nullement leur institution être concernée par l'interdiction légale de délivrer des parères (ou actes de notoriété). Pourtant, et bien que ses membres pris *ut singuli* puissent parfaitement en délivrer, la chambre de commerce de Paris envisagée comme institution, adopta une position singulière, refusant absolument de répondre à toute sollicitation visant la délivrance d'un quelconque parère en justice¹³². Cette position était d'autant plus singulière que les chambres provinciales n'avaient nullement adopté cette attitude¹³³. La motivation principale de l'institution parisienne a été éclaircie et tenait au vœu des conseillers d'éviter que l'on puisse « abuser du poids de [leur] décision », soit influencer indirectement les décisions de justice qui pourraient être prises à la suite de l'édiction de tels parères¹³⁴. Cette position de principe sera maintenue jusque dans les années 1840¹³⁵, en dehors d'une exception consentie, en 1824, à l'occasion de la délivrance d'un parère à la demande expresse et formelle du tribunal de première instance¹³⁶. Pendant quelques décennies les usages parisiens perdirent ainsi un moyen notable d'émergence.

Un revirement progressif et mouvementé s'amorça dans la seconde moitié de la Monarchie de Juillet et l'institution parisienne finit par rompre avec son isolationnisme, reconnaissant qu'elle « doit une réponse au commerce qui la consulte et à qui elle dira si elle trouve ou non l'usage contraire à la loi¹³⁷. » En réalité, la position de principe adoptée par la chambre de commerce parisienne jusque dans

132. Dès le 23 floréal an XI (13 mai 1803) : « La chambre sur l'observation faite que l'on pourrait abuser du poids de ses décisions, arrête en principe qu'elle ne délibère sur aucun parère. » Même si les membres sont autorisés à donner une signature individuelle, la chambre s'en tient à ce principe, malgré les demandes reçus plusieurs fois par an, jusque vers 1820 (C. Lemerrier, *op. cit.*, p. 149).

133. Par déduction de J.-P. Hirsch, *Les deux rêves du commerce. Entreprise et institution dans la région lilloise (1760-1860)*, Paris, EHESS, 1991, p. 104 et s.

134. « Cette position de principe tient non seulement au respect affiché de la légalité, mais encore pour ne pas compromettre la chambre dans ce que l'on pourrait assimiler à une prise de partie dans telle ou telle affaire particulière portée en justice » (C. Lemerrier, « La Chambre de commerce de Paris, acteur indispensable de la construction des normes économiques (première moitié du XIX^e siècle) », *Genèses*, 2003-1, n° 50, p. 61).

135. On trouve encore une délibération de la chambre parisienne en date du 24 avril 1841 confirmant sa volonté de ne pas s'immiscer dans les contestations pendantes devant les tribunaux (*ibid.*, p. 62). Pour de plus amples précisions sur les motivations de la chambre : C. Lemerrier, *Un si discret pouvoir...*, *op. cit.*, p. 149 et s.

136. Délivrance consentie, on le notera, non à la demande d'un particulier mais d'une juridiction (le 7 avril 1824).

137. ACCIP, procès-verbaux des 26 décembre 1839 et 29 janvier 1840, cité par C. Lemerrier, « La chambre... », art. cité, p. 64.

les années 1840 tenait à un élément pour elle essentiel, le souhait de rompre avec le système corporatiste antérieur, en privilégiant un droit général et succinct. Or, la réalité des choses, l'inévitable foisonnement des usages drainés par la révolution industrielle, les demandes répétées visant à la reconnaissance de ceux-ci l'avaient amenée à infléchir sa position. En outre le corporatisme réapparaissait implicitement dans les chambres syndicales et les accords entre acteurs économiques¹³⁸. Voilà pourquoi le parère fut réinventé, pour reprendre l'expression de Claire Lemerrier. Ainsi, même si la suprématie théorique de la loi est soulignée au passage, l'usage existe et la chambre reconnaît qu'il faut l'officialiser. La notion d'un devoir vis-à-vis, non plus du « Commerce » abstrait, mais du « commerce qui la consulte », donc de personnes particulières, est cruciale¹³⁹.

Cet alignement de la chambre parisienne sur ses homologues de province fut en un sens abondé par le décret du 3 septembre 1851, venu réglementer leur organisation et les réputer « établissements d'utilité publique ». Son article 11 mentionnait, au titre de leurs attributions, la possibilité « de donner au gouvernement les avis et renseignements qui leur sont demandés sur les *faits* [souligné par nous] et les intérêts industriels et commerciaux [...] » L'article 12 portait quant à lui que leur avis pouvait être demandé, par le gouvernement, sur « [...] les usages commerciaux, les tarifs et règlements de courtage [...] ». Ces « avis » pouvaient-ils être qualifiés de parères ?

La question a pu se poser, et la réponse être nuancée, par assimilation de ces réponses aux « avis officiels » émis par les autorités administratives¹⁴⁰. Peu importe à notre sens, la fonction de consultation renaissait, cette fois institutionnalisée. Cela n'érigait nullement un privilège en faveur des chambres et ne venait en outre que conforter leur droit « naturel » préexistant de délivrer de parères. Ceci témoignait d'une conception large de leur devoir de conseil, comme en témoigne en un sens la loi du 9 avril 1898, venue cette fois leur

138. *Ibid.*, p. 61.

139. *Ibid.*, p. 62.

140. « Cette disposition est souvent, mais à tort, interprétée en ce sens qu'elle confère aux chambres de commerce le droit de donner des parères aux plaideurs ; elle signifie, à vrai dire, que le Gouvernement est obligé de prendre l'avis des chambres de commerce, toutes les fois que son devoir de législateur ou l'exercice de son pouvoir réglementaire le met dans la nécessité de s'instruire de tel ou tel usage commercial. ; on pourra si l'on veut qualifier de parère la réponse que feront les chambres de commerce ainsi consultées, mais ce seront, en réalité, des avis officiels, en forme administrative, analogues à ceux que le chef de l'État est dans la nécessité de prendre au Conseil d'État, et le préfet au conseil de préfecture, dans des cas déterminés » (art. « Parère » in A. Carpentier, G. Frerejouan du Saint, *op. cit.*, p. 587).

octroyer le statut d'établissement public¹⁴¹. La dynamique ainsi lancée avait déjà permis d'étendre aux syndicats professionnels, par la loi du 21 mars 1884, l'autorisation de délivrer des parères¹⁴², pratique qu'ils avaient d'ailleurs déjà anticipée, hors de toute prescription légale ou réglementaire. Les tribunaux consulaires étaient désormais autorisés officiellement, et non plus tacitement, à solliciter, certes de manière facultative, des parères de ces organismes¹⁴³.

C'est ainsi que, depuis cette dernière date, les chambres syndicales jouèrent en outre un rôle auprès des CCI dans la délivrance de parères et diffusèrent, comme elles le font encore, des documents contractuels-type (conditions générales de vente, etc.), voire des recueils d'usage et/ou de déontologie. Des exemples récents montrent encore le soutien actif que peuvent trouver les banquiers grâce à l'émission de parères par l'*Association Française des Banques*. Cette dernière, indépendamment du soutien qu'elle peut apporter par la production de parères en justice (voir *infra*), en délivre également en amont de tout procès¹⁴⁴.

Enfin, les juridictions commerciales ne se virent jamais atteintes par une quelconque restriction de la possibilité dont elles disposaient de demander éventuellement la production de parères¹⁴⁵. L'on a pu cependant s'interroger sur l'interprétation large de la Cour de cassation, autorisant ces pratiques devant les tribunaux de commerce sans sourciller, alors qu'elle en interdisait implicitement toute émission devant les juridictions civiles, de même que celle de tout acte de notoriété par ailleurs, ne réservant qu'aux seules enquêtes la possibilité de prouver un usage civil. C'était là une interprétation singulière-

141. La loi du 9 avril 1898 portait en son art. 6 : « Les chambres de commerce ont pour attributions : 1° De donner au Gouvernement les avis et les renseignements qui leur sont demandés sur les questions industrielles et commerciales ; 2° De présenter leurs vues sur les moyens d'accroître la prospérité de l'industrie et du commerce [...] », désormais codé de commerce, art. L 711-2 qui reprend le contenu *in extenso*.

142. L'art. 6 de la loi du 26 mars 1884 dispose notamment : « [...] Ils pourront être consultés sur tous les différends et toutes les questions se rattachant à leur spécialité. Dans les affaires contentieuses, les avis du syndicat seront tenus à la disposition des parties, qui pourront en prendre communication et copie ».

143. L. Vogel, *op. cit.*, p. 34.

144. Ces parères édictés par l'*Association Professionnelle des Banques* avaient pour but de reconnaître et d'officialiser une pratique, un usage bancaire. La Cour de cassation a d'ailleurs retenu la valeur de ces parères en jugeant dans un arrêt que « ces parères dont chaque terme est soigneusement pesé par l'Association professionnelle des banques ne peuvent donner lieu qu'à une interprétation stricte ». C'est ainsi que de 1945 à 1989, l'Association française des banques a officialisé 32 parères dont seulement 9 sont toujours en vigueur (J.-L. Guillot, « Pratiques bancaires, sources du droit des affaires », *Les pratiques juridiques, source du droit des affaires, Petites affiches*, n° 237, 27 nov. 2003, p. 18).

145. Art. « Parère » in A. Carpentier, G. Frerejouan du Saint, *op. cit.*, p. 586.

ment extensive de l'art.1041 du code de procédure civile et de l'article 5 du code civil ¹⁴⁶.

B. La force probante des parères en justice

Une question majeure est celle de la force probante des parères, lorsque ceux-ci sont produits en justice dans le but d'abonder la prétention d'une partie. Les anciens avaient pu explicitement admettre la subordination de leur avis à la force de la loi ¹⁴⁷. Quoiqu'il en soit, en matière commerciale la preuve est libre, ce qui a encore été affirmé récemment ¹⁴⁸, et celui qui invoque un usage commercial doit le prouver. À l'instar de ce que l'on a pu constater plus haut pour la chambre de commerce de Paris, le légicentrisme post-révolutionnaire avait aussi pu marquer les esprits au point que certaines décisions de jurisprudence ont pu ôter toute force aux parères. À titre d'exemple, un jugement de la cour d'appel de Montpellier en date du 6 février 1849 a pu considérer que

146. *Ibid.* et p. 587 : « Il semblerait dès lors que la Cour suprême dût rejeter uniformément les certificats d'usage, et il peut paraître illogique de la voir admettre l'emploi des parères en matière commerciale et répudier semblable mode de preuve en matière civile. Sans doute en vue d'expliquer cette anomalie, la doctrine tombe d'accord pour insister sur l'importance de l'usage en matière commerciale ; c'est là déplacer la question, mais non pas la résoudre. Il est vrai, en fait, qu'en matière civile les parties ont, plus rarement qu'en matière commerciale, lieu d'administrer la preuve d'un usage ; mais cette circonstance n'explique pas pourquoi, en pareil cas, les tribunaux civils sont obligés d'ordonner une enquête, tandis que les tribunaux de commerce, au lieu de recourir à l'enquête, peuvent demander des parères. On ne saurait même invoquer l'avantage qu'il peut y avoir à écarter des enquêtes de la procédure commerciale à raison de leur lenteur, puisque l'enquête commerciale est toujours sommaire. Afin d'expliquer la raison d'être des parères, la doctrine fait appel à un autre motif : elle affirme que les art. 1135, 1159 et 1160 C. civ., visent principalement les conventions commerciales. Le Code civil lui-même se charge (art. 593, 645, 671, 1648, 1736, 1757) de donner un démenti à cette assertion qui n'est exacte que pratiquement, mais qui d'ailleurs, à cet égard, l'est pleinement pour deux raisons : d'une part, en effet, à l'heure présente, le droit commercial et industriel est encore loin d'être entièrement codifié, et la diversité des situations et des besoins mettra sans cesse obstacle à ce qu'il le soit d'une façon uniforme et complète, notamment en matière de contrat de travail ; d'autre part, la nature des conventions commerciales, la célérité qu'elles requièrent dans leur formation, empêchent le plus souvent les parties contractantes de préciser avec assez de détails leurs intentions, pour qu'un certain nombre de clauses ne doivent pas être regardées comme sous-entendues dans l'instrument de leur accord ».

147. Nicodeme, parère 1, *op. cit.*, p. 313-314 : « Tout ce que je viens d'avancer ne sert qu'à fonder mon avis sur des présomptions et des assertions tirées de l'analyse et de la teneur du billet. Il me reste à recourir aux lois, et à examiner si leur dispositif s'accorde avec mes sentiments, ou s'il ne les détruit pas, car tout raisonnement doit céder au prescrit de la loi ». Cf. J. Savary, Préface au vol. 2, *op. cit.*, p. 1361 : « Je ne présume pas assez de mon opinion pour croire qu'elle serve de loi ».

148. CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 29 mai 2008, RG n° 06/20291.

« sous l'empire du droit uniforme qui nous régit, toutes ces pratiques locales et tous ces prétendus usages, particuliers à certaines place de commerce, ne peuvent être invoqués, et que la cour doit ramener à l'observation des lois les négociants qui s'en écarteraient sous de tel prétextes »¹⁴⁹.

On retrouve ici implicitement un avatar de la critique traditionnelle et redondante de l'immoralité des commerçants, ainsi que la suspicion légale qui pesait davantage encore sur eux depuis d'édiction des dispositions répressives du code de 1807. On a pu aussi relever d'autres constats tendant à dénigrer l'autorité des parères en les ravalant à de « simples renseignements »¹⁵⁰. Ces positions rigoristes ne devaient cependant constituer que d'éphémères et dogmatiques contre-feux au maintien et/ou à la résurgence des parères. Mais de quels éléments ceux-ci tiennent-ils leur force, et quelle en est la mesure ?

149. Cour d'appel de Montpellier, 6 fév. 1849, *D.*, 1849. 2. 122. L'agent de change « doit seul supporter cette perte comme étant le seul propriétaire du billet, en vertu d'un endos passé en son nom, et quoique les attestations ou actes de notoriété, connus sous le nom de parères, constatent que, dans la pratique commerciale de la place, il serait d'usage que le mandataire agent de change, chargé de poursuivre le paiement d'une effet de commerce, le fit protester, et assignât à sa propre requête, pour le compte de son client, les parères n'ayant plus aucune force sous le Code civil, même dans les lieux où ils étaient autrefois admis par la jurisprudence parlementaire » (*LE HIR, Annales de science du droit commercial et maritime*, 2^e partie, t. VI de la 2^e série, 1850, p. 537). C'est le même argumentaire qui est repris dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 5 mai 1883 (*D.* 1884.1. 9). L'extrait de la note sous arrêt évoque les arguments produits à l'appui de la sentence : « [...] l'art. 85 C. com. défend aux agents de change de faire des opérations de bourse pour leur propre compte. Ils ne peuvent, en conséquence, recevoir un transfert en leur nom, si ce n'est pour faciliter une opération faite au profit et pour le compte d'un client. Étant de simples intermédiaires, ils sont placés sous cette présomption qu'ils ont acquis pour ce client, et qu'ils lui ont seulement prêté leur nom pour la forme. Jusqu'à preuve contraire, cette présomption conserve sa force. Enfin on peut dire que si l'usage attesté par un parère de la Chambre syndicale du 26 déc. 1849 (*DP.*, 1850. 2. 165), si même une circulaire de l'administration de l'Enregistrement, ont fixé un délai pour les transferts, ni l'usage, ni cette circulaire ne peuvent équivaloir à un règlement ou à une loi. D'une part, en effet, cet usage n'est pas tellement absolu qu'il ne puisse varier, et, en fait, il serait possible d'en fournir des exemples [...] » (*ibid.*).

150. Ainsi en droit belge : « Certains usages sont tellement de notoriété publique, que les tribunaux en affirment l'existence sans aucune preuve préalable. Lorsqu'il y a un doute, la preuve d'un usage commercial peut se faire, soit par la production de jugements qui l'ont appliqué pendant un long espace de temps, soit par témoins. Dans l'ancien droit, on avait souvent recours aux parères, c'est-à-dire aux avis motivés des négociants les plus notables. Mais aujourd'hui, ce mode de preuve n'est plus guère usité, et les parères ne constituent plus que de simples renseignements entièrement abandonnés à l'appréciation des tribunaux. Cela est vrai, même pour les attestations délivrées par les Chambres de commerce, attendu qu'aucune loi ne confère à ces corps la prérogative de délivrer des certificats de nature à enchaîner la conscience des juges » (P. Namur, *Cours de droit commercial*, Bruxelles/Gand, Hoste/Lebrun-Devigne, 1866, t. 1, p. 14).

On peut, dans un premier temps, tenter d'isoler des facteurs externes permettant une reconnaissance des parères, lesquels pouvaient entraîner la conviction du juge, en particulier lorsque le sceau du notaire était apposé au bas de l'acte ¹⁵¹. De même, la réputation des marchands signataires constituait également un facteur constitutif notable de la conviction que l'on désirait emporter chez le juge ¹⁵² : « [...] l'effet de liste et la compilation des marchands impliqués jouait un rôle clé dans la reconnaissance de l'expertise, d'autant plus que les parères étaient écrits de la main des marchands (*propria mano*), qui engageaient avec leurs écritures et leurs signatures leur réputation ¹⁵³. » Les parères signés des grands banquiers du XIX^e siècle en sont emblématiques ¹⁵⁴. On peut imaginer également que la qualité des signataires a pu parfois emporter la conviction de celui contre lequel ils étaient produits, de l'inanité de poursuivre son litige ¹⁵⁵.

En principe, les parères sont produits devant les juridictions consulaires, mais lorsque celles-ci n'existent point dans telle ou telle place, c'est alors le tribunal ordinaire qui est compétent. Nous sommes en l'état dans l'incapacité de déterminer et *a fortiori*, d'évaluer l'ampleur de l'accueil fait par les juges civils à d'éventuels parères et, par voie de conséquence, de prendre la mesure d'une différence au regard des procédures suivies devant les juridictions marchandes ordinaires. Un élément toutefois nous permet d'augurer une relative équivalence de traitement : les fonctions des juges ordinaires de la ville de Francfort au XVII^e siècle ¹⁵⁶.

151. G. Calafat, *op. cit.*, p. 152.

152. On peut noter « que la quantité et les qualités des signataires fonctionnaient comme un vérificateur de réputation pour le marchand qui les mobilisait ; elles certifiaient un point de droit qui, en général, permettait aux juges de se faire un avis sur l'affaire elle-même, ou [...] de certifier un avis » (*ibid.*).

153. *Ibid.*, p. 152. Et pour le dernier membre de phrase, voir aussi J. Bottin, « Signature, marque et souscription. Validation et identification des documents commerciaux (fin du Moyen Âge – première époque moderne) », *Hypothèses*, 2005, p. 350.

154. Les parères évoqués *supra* furent signés de Laffitte, Mallet frères, Rougemond de Lowemberg, Périer frères, Pillet-Vill, Guérin de Foncin, L. Durand, J. Lefèvre, Decha-peaurouge, César de Lapanouze, Goulard, J.-F. Chevals etc. pour le premier ; de Rague-nault, Hottinguer, de Rothschild, Fould, ch. Laffitte et Blount, Callayhon, de Garent, Ferrère-Laffitte, Larien, Lavareille pour le second.

155. « [...] le sieur Bonneau qui ne la [sa prétention] fondait que sur ses parères [...] Malgré cela néanmoins le sieur Fesquet, intimidé par les parères que le sieur Bonneau lui opposait, quoique aucun n'attestât que ce fut l'usage, aimait mieux céder à un tiers son quart d'intérêt dans le navire que de prendre part dans la cargaison, ou de faire juger l'affaire » (Valin, *Commentaire sur l'ordonnance de la Marine*, réédité par Bécane, Potiers, Doussaint Delys, 1828, t. 1, p. 18).

156. K.-L. Holtfrerich, *Frankfurt as a financial center, from mediaval trade fair to European banking center*, Munich, C. H. Beck, 1999, p. 75-76.

Mais il s'agit surtout d'inventorier, et c'est là le cœur de la question, les facteurs internes de la reconnaissance des parères. Le problème inhérent à la force probante des parères résulte d'une fragilité qui tient au doute légitime que peut susciter l'émetteur du parère. Savary répète à loisir que la bonne foi est l'âme du commerce. On en déduit logiquement que la mauvaise foi en est l'âme damnée. Et voilà le parère entaché de suspicion :

« [...] la plupart des mémoires sur lesquels l'on demande des parères ou avis des négociants ou banquiers, sont dressés sans ordre, sans proposer les véritables moyens et raisons des parties, et quelquefois avec tant de déguisement, que dans une même contestation l'on y a trouvé des parères et avis directement contraires, quoique signés par les mêmes négociants, parce que les parties avaient posé le fait d'une manière favorable à leurs intérêts, sans s'attacher aux véritables circonstances qui servaient à la décision. Ainsi l'on ne doit pas s'étonner si les juges de ces procès n'ont point eu d'égard à ces parères »¹⁵⁷.

C'est aussi la dénonciation de ce qu'on a pu aussi appeler les « parères de complaisance »¹⁵⁸. Pardessus confirme :

157. J. Savary, Préface au vol. 2, *op. cit.*, p. 1362. « [...] c'est la raison pour quoi j'ai demandé, que les mémoires sur lesquels j'avais à donner mes avis, fussent exacts, préférant la vérité à l'intérêt de ceux qui me consultaient, ne voulant pas trahir par un avis flatteur, établir sur un fait supposé, qui n'aurait servi qu'à les embarquer, ou à les entretenir dans un méchant procès ». Dans le même Du Puis de la Serra qui rédigea la partie du *Parfait Négociant* intitulée *L'Art des lettres de change* : « Néanmoins la jurisprudence du commerce est fort incertaine dans le royaume et particulièrement sur le fait des lettres de change, qui en est la plus considérable partie, quoiqu'il n'y ait presque personne qui ne prenne ou ne donne, n'envoie ou ne reçoive, ne paie ou n'exige le paiement des lettres de change. Il semble que ce soit un mystère qui ne puisse être entendu que par ceux qui en font profession, que l'on appelle communément banquiers. Car pour l'ordinaire, lorsque l'appel en est aux parlements, les juges demandent l'avis des négociants, de qui le plus souvent ils reçoivent moins d'éclaircissements que des seules pièces du procès, parce que ceux de qui l'on prend les sentiments, considérant l'affaire par des vues différentes, ou d'égalité d'intérêt, ou d'acceptation de personnes ou de justice, sont souvent de contraire opinion, appuyés respectivement sur des raisons vraies ou apparentes, dont les magistrats ont peine à faire le discernement » (*Le Parfait Négociant, op. cit.*, vol. 1, p. 737 ou p. 857 de l'édition de 1721).

158. La valeur des parères est plutôt morale que juridique ; des parères ne lient pas nécessairement l'autorité judiciaire, comme l'aveu de la partie ou le serment décisoire ; on peut en outre faire observer qu'ils ne sont pas donnés sous la foi du serment, comme des témoignages oraux, et une expérience séculaire montre que les négociants, qui reculeraient devant un faux témoignage, ne font pas toujours scrupule de délivrer des parères de complaisance. Voir J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, publié par Bazoche, Paris, Plon, 1857, t. 4, n° 1377. Dans passage consacré au témoignage des commerçants comme éléments de preuve d'une coutume commerciale, Cesare Vivante est bien dubitatif [même si Vivante ne cite pas le mot *parère* dans son exposé, il nous apparaît clairement que ce sont bien ceux-ci qui sont visés] : « Les témoignages des commerçants des courtiers, des capitaines experts de la branche à laquelle se réfère la coutume, pourvu qu'ils soient apportés avec la garantie de la preuve judiciaire. On s'habitue de produire en justice même

« Il est impossible de préciser l'influence que peut avoir sur les juges ce genre de témoignages ; c'est la considération dont jouissent les signataires, leur probité, leurs lumières, en un mot tout ce qui garantit la vérité de leur assertion, qui doit influencer sur les consciences des juge : trop souvent des parères opposés les uns aux autres ont montré qu'il y avait dissidence sur les points et sur les questions les plus simples »¹⁵⁹.

Ainsi l'opinion attachée à dénoncer cette fragilité probante des parères paraît-elle assez répandue¹⁶⁰. C'est donc à la sagesse du juge

des actes de notoriété signés de négociants. Mais si notre système procédural ne reconnaît ce moyen de preuve, ni l'expérience ne conseille de s'y fier, car ils sont délivrés la plupart du temps avec légèreté et par complaisance : bien plus le cas n'a pas été rare de négociants qui, pour ne déplaire à aucun des plaideurs, apposèrent leurs signature sur deux consultations contraires » (*Traité de droit commercial*, Paris, Giard et Brière, Paris, 1910, t. 1, p. 92). « La délivrance de ces parères a donné naissance à un abus destiné à leur faire perdre toute autorité si on ne se ravise. Il n'est pas de commerçant qui n'ait la prétention de prouver que sa pratique est conforme à l'usage de la place ; qui ne trouve des amis complaisants pour l'attester ainsi. Comme son adversaire a intérêt à prouver le contraire, et qu'il compte à son tour quelques amis, il est peut-être sans exemple qu'un parère ait été produit, sans qu'un autre soit venu certifier le contraire. Notre pratique personnelle nous a démontré la vérité de cette observation. Devant la cour d'Aix, nous avons eu bien souvent l'occasion de nous convaincre que ces attestations, recueillies à la Bourse, étaient accordées avec tant de légèreté et d'irréflexion, que des signatures attestant l'affirmative, se retrouvaient au bas du parère soutenant la négative et réciproquement. En présence d'attestations contradictoires, le juge doit rester dans le droit commun. L'usage ne doit être substitué à la loi que lorsqu'il est établi avec une certitude incontestable. Dans le doute, la loi doit recevoir son entière exécution » (J. Bedarride, *op. cit.*, p. 166-168).

159. *Ibid.* Cf. D. Bazoche, G. Meulemans, *op. cit.*, p. 48 : « [...] mais ce n'est pas un motif pour les repousser tous. Si un tribunal, pour s'éclairer sur un usage, avait ordonné aux parties de se procurer des parères, et si l'une d'entre elles seulement en produisait, sans que des faits ou des circonstances vinssent en combattre l'autorité, le tribunal devrait tenir pour certain ce qu'atteste le parère ; et même le jugement qui aurait décidé le contraire pourrait être infirmé sur l'appel. Les parères auraient une plus grande autorité s'ils émanaient d'une réunion de commerçants ayant un caractère public aux yeux de la loi, par exemple une chambre de commerce [...] Quelquefois encore, pour constater un point de législation étrangère, que les tribunaux de commerce peuvent être appelés à appliquer, les parties produisent devant eux des certificats émanés de juristes ou de magistrats du pays, certificats que l'on nomme *actes de notoriété*. On peut faire à leur égard les mêmes observations que nous avons faites sur la confiance due aux parères ».

160. « Nous savons bien qu'en général, on doit se défier des parères des négociants et banquiers, et qu'il n'est pas rare d'en voir produire de contraires sur les questions les plus simples » (Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit*, art. « Compte courant », 4^e éd., 1827, t. 2, p. 452). Voir aussi Dalloz, *Rép.*, 1853, t. 30, art. « Lois », n° 118 : « Les usages du commerce se prouvent encore par des parères ou avis de négociants. Mais ces documents, bien plus employés autrefois que depuis la publication du Code de commerce, n'ont jamais lié les magistrats. Ce sont de simples certificats extrajudiciaires, délivrés le plus souvent sur réquisition d'une seule partie, sans discussion contradictoire, quelquefois sans ordonnance préalable de justice ». Et encore Dalloz, *Rép. méthodique*, t. 12, 1926, v° « usages commerciaux », p. 526 : « Conformément aux règles du droit commun, c'est à celui qui invoque un usage commercial à le prouver et la preuve se fait ici par tous les modes de preuve usités en matière commerciale. Au besoin, on invoque des certificats de commerçants, des parères de chambres de commerce ou de syndicats professionnels, c'est-à-dire des délibérations constatant des règles coutumières sur les points en litige [...] Mais ces

du fond qu'il faut s'en remettre ; son pouvoir d'appréciation est d'autant plus notable et souverain qu'il s'agit d'une question de *fait*, constat qui n'a jamais été remis en question¹⁶¹, même si on a occasionnellement pu voir le parère écarté au titre d'une sorte de fin de non-recevoir¹⁶². À ce propos, et sous cet angle, la défiance des jurisconsultes n'est donc ni totale ni unanime. Merlin admet volontiers que, lorsque les parères sont uniformes,

« [...] non sur une question de droit proprement dite, mais sur un point d'usage, lorsque la partie à laquelle on les oppose, n'en rapporte aucun pour les combattre, ils doivent être d'un grand poids dans la balance de la justice ; et il faudrait de bien fortes raisons pour que la justice n'y ajoutât pas pleine foi »¹⁶³.

Certes la discussion sur la distinction entre usages de droit et usages de fait n'émerge qu'au début du xx^e siècle. Mais, en amont, la question de l'opposabilité des parères avait pu révéler des éléments abondant soit la force, soit l'inopposabilité des usages. Tout était fonction non seulement de la hiérarchie des normes, mais aussi de la branche du droit dans laquelle on officiait. Le droit commercial tel qu'il était codifié, on l'a vu, ne pouvait aucunement prétendre régir l'ensemble de la matière des affaires, les adjonctions législatives multiples et successives en ont suffisamment apporté la preuve. Mais celles-ci étaient bien souvent inspirées des pratiques courantes du

parères ne sont point un moyen à l'abri de tout reproche ; car ils peuvent, comme tous les modes de preuve produits des parties différentes, être contradictoires ». Ou M. J. B. Paris, *op. cit.*, p. 12 : « Ainsi les juges consulaires qui, dans le silence de la loi commerciale, auraient besoin de s'éclairer pour la décision d'une contestation, pourraient ordonner même d'office que l'une des parties rapportât, dans un délai déterminé, un parère. Mais un pareil document, étant dépourvu de toute force obligatoire, ne vaut que comme renseignement. Il suit de là que les juges ne sont points astreints à s'y conformer, lorsque leur conviction s'y oppose, par exemple, si le document ne leur paraît pas irréprochable en sa forme et au fond. » Voir enfin Bordeaux, 28 mai et 18 juin 1900 et la note de Léon Lacour (*D.* 1900. 1. 73 sq.). En amont, l'opinion de Valin ne paraissait autrefois guère plus favorable à la prise en compte des parères : « J'ai souhaité un temps d'avoir à ma disposition cette multitude de parères consignés dans les archives des différentes Chambres de commerce du royaume. Mais à la difficulté d'y recourir qui m'a arrêté d'abord, s'est jointe une considération plus puissante encore pour me retenir. Je veux dire l'inutilité d'un pareil supplément par rapport aux points de droit dont il n'appartient pas aux négociants de donner la solution. Des parères en effets ne pourraient être utiles pour l'interprétation de l'ordonnance, qu'autant qu'ils attesteraient des usages généralement suivis et ces sortes d'usages, assez rares, peuvent être connus sans ce secours » (Valin, *op. cit.*, p. 18).

161. Crim. Rej. 5 jan. 1855, *D.*, 1855.1. 85. Voir aussi : Cass., 1^{er} juil. 1857, *D.*, 1857. 1. 433. En effet, le juge du fond apprécie et interprète souverainement les usages (Cass. com., 14 avril 1975, 74-10009). Et Cass. Com. 14 avr. 1975, 74-10009.

162. Voir *supra* la décision de CA Montpellier du 6 fév. 1849..

163. Merlin, *Recueil...*, art. « Compte courant », *op. cit.*, t. 2, p. 452.

monde du négoce. En amont de ces lois, et donc fatalement et *a fortiori* dans le silence de celles-ci, se trouvaient donc nos usages et, par extension nos parères¹⁶⁴.

Derrière cette question de la force probante du parère se révèle un débat bien plus vaste encore par les conséquences qu'il engendre sur la théorie du droit : il s'agit là en effet d'une discussion d'ampleur sur la valeur juridique de l'usage en droit commercial. Théoriquement, la question de sa force face à une loi impérative, d'ordre public, ne devrait même pas se poser, quoique cela ait dû être parfois réaffirmé¹⁶⁵, puisque par définition il lui est et a toujours été inopposable¹⁶⁶, même si l'on a pu considérer que l'ordre public était moins

164. « À défaut de référence aux usages dans les lois et règlements, les juges du fond les tolèrent en vertu du principe de l'autonomie de la volonté prévu à l'article 1134 du Code civil » (<http://portail-des-prme.fr/reglementation/3339-les-usages-des-regles-contraignantes-que-doit-connaître-tout-professionnel>).

165. « La jurisprudence a été appelée à se prononcer sur ce point et c'est par un jugement du 4 janvier 1945 du tribunal civil de la Seine (Trib. Civ. Seine, 4/1/1945, *D.* 1945, p. 291) qu'elle a conclu « qu'un usage de la bourse ne saurait faire disparaître une disposition impérative comme celle de l'article 43 du décret du 7/10/1890... et que l'agent de change qui en méconnaît les prescriptions commet une faute professionnelle susceptible d'engager sa responsabilité ». La jurisprudence est constante en ce sens ainsi qu'en témoigne un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 6 juillet 1967 (voir M. Pédamon, note sous Cass. crim. 6/7/1967, *JCP G*, 1969, II, 15747 ; voir aussi *JCP G*, 1967, IV, 126). L'efficacité d'un usage est conditionnée par sa conformité aux dispositions impératives de la loi (G. Meyer, *op. cit.*, p. 33).

166. Montpellier, 6 fév. 1840, *JP*, 1, 1840, p. 678. Car alors la loi proteste elle-même implicitement contre tout usage contraire : *non valet consuetudo quando lex expresse damnat consuetudinem, quia lex semper loquitur* [*Card. Tuschi, tom. II, p. 814*] (M. J. B. PARIS, *op. cit.*, p. 12.). Mais l'usage des lieux ne peut jamais prévaloir [...] contre les dispositions formelles de la loi (Civ. 26 mai 1868, *DP*, 1868.1. 471 ; Req. 30 déc. 1879, *DP*, 1880.1. 108), selon le *Répertoire pratique Dalloz*, 1910, « contrats et conventions en général », p. 723. « S'agit-il, au moyen d'un sage qu'on invoque, de se soustraire à l'application d'une loi d'ordre public ? La loi a alors un caractère impératif. Un usage ne peut, pas plus qu'une convention expresse, prévaloir contre cette loi. L'usage contraire est donc sans valeur (art. 6 C. civ. [le même qui interdit les arrêts de règlement]). Il ne deviendrait légitime que s'il passait à l'état de coutume, ainsi qu'il est dit ci-dessus, à la faveur d'une jurisprudence prétorienne. Ainsi la règle prohibant l'anatocisme, ou capitalisation des intérêts dus pour moins d'un an, est d'ordre public (art. 1154) » (E. Thaller, *op. cit.*, p. 43). Ce point de vue a été encore confirmé par Civ. 21 juin 1920, *D.* 1924.1. 102. Civ. 1^{er} ch., 1^{er} juin 1960, *Bull. civ.*, I, n^o 305 et, récemment par Soc., 29 juin 1995, *Bull. civ.* V, n^o 228). « Par ailleurs, les usages ne peuvent à l'évidence déroger aux règles impératives. Ils ne peuvent pas être contraires à l'ordre public, car la volonté des parties ne saurait fixer le contenu du licite et de l'illicite [...] Il ne peut non plus faire obstacle à l'application des normes pénales. À titre d'exemple, il a été jugé que l'usage ancien d'une marque est impuissant à faire disparaître le vice, qui est d'ordre public, de déceptivité qui affecte cette marque (CA Paris 7 juillet 1982) » (J.-B. Rozes, *op. cit.*). Voir aussi : CA Paris, 15^e ch. B., 12 nov. 1992, *Sté de caution mutuelle des éditeurs français de livres c/ Banque populaire de Lyon* par lequel « il a été jugé que ne pouvait être invoqué un parère de l'Association Française des Banques pour justifier le pouvoir du secrétaire général d'une société de caution mutuelle à engager celle-ci par l'aval d'un billet à ordre, alors que l'art. 3 de la loi du 13 mars 1917 relative aux sociétés de caution mutuelle prévoit que le pouvoir d'avaliser un billet à ordre souscrit par un emprunteur

contraignant en matière commerciale ¹⁶⁷. Cette dernière constatation est traditionnellement formulée en matière d'anatocisme ¹⁶⁸, de solidarité entre débiteurs ¹⁶⁹ ou de mise en demeure par lettre recommandée voire de don manuel.

Mais rien n'est jamais simple en la matière. Laissons de côté l'hypothèse où la loi est complètement muette. Prenons le cas, somme toute assez banal, où la loi peut renvoyer aux usages du commerce. Ainsi l'article 1873 du code civil qui précise que « les dispositions du présent titre (*Des sociétés*) ne s'appliquent aux sociétés de commerce, que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce. » Dans une affaire qui fit date en notre matière, la Cour de cassation prit une décision marquante en date du 5 janvier 1812. En l'espèce, il s'agissait de savoir jusqu'à quel point pouvaient s'étendre les pouvoirs du liquidateur d'une société commerciale. L'interprétation extensive de ces pouvoirs par la cour d'appel, pourtant conforme aux pratiques habituelles du commerce, fut censurée par la cour suprême au motif de la violation des règles ordinaires du mandat véhiculées par le code civil (soit le droit commun). La décision pouvait apparaître surprenante au regard du libellé de l'article 1873. Il n'en était rien en réalité et en voici la raison : face au pourvoi, les défendeurs avaient produits des parères concordants émanant de diverses places de commerce reconnues. Ce qui leur fit défaut ne fut pas tant le fait que la cour suprême ne pouvait pas tenir compte d'éléments de fait, fussent-ils en l'occurrence convaincants ¹⁷⁰, mais en réalité l'absence de constatation formelle de ces

relève du pouvoir du conseil d'administration qui n'avait pas habilité le secrétaire à cet effet » (*ibid.*).

167. « Puisqu'il est impératif entre les parties, l'usage peut déroger à une loi supplétive comme l'aurait fait un contrat. Mais il ne peut aller à l'encontre d'une loi d'ordre public, car une violation de la loi n'est pas plus tolérée quand elle est collective que quand elle est individuelle. La situation est différente dans le commerce international. L'ordre public y est moins contraignant et moins étendu qu'en droit interne. La *lex mercatoria* permet certains accommodements, qui ne seraient pas licites au regard du seul droit français. Ces assouplissements sont sans doute nécessaires, mais doivent être contrôlés par les tribunaux. Les nécessités du commerce international ne doivent pas permettre de tout faire » (Y. Guyon, *op. cit.*, p. 26). Pourtant on notera pour nuancer cette opinion Cass. Com., 16 mai 1949, *S.* 1949. 1. 168 ou Cass. com. 9 fév. 1953, *Bull. cass.* 1953. 3. P.43 ; obs. Pédamon (*Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, 2^e éd. 1976, p. 9).

168. Voir les développements synthétiques de G. Meyer, *op. cit.*, p. 33. Voir aussi : Civ. 14 mai 1850, *D.*, 1850. 1. 157 ; *S.* 1850. 1. 441 avec les réticences de M. Pédamon, *op. cit.*, p. 353.

169. V. not. Cass. Req. 20 oct. 1920, *D.* 1920. 1. 161 note Matter ; *S.* 1922. 1. 201 note Hamel.

170. G. Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ, 1968, p. 24 : « [...] la violation de l'usage par le juge ne donne pas ouverture à cassation ». Voir aussi : Req.

éléments par les juges du fond. Ainsi, sauf à avoir été formellement mis en lumière, les usages auxquels renvoyait l'article 1873 du code civil ne pouvaient, mêmes ostensiblement pratiqués, prétendre à une quelconque reconnaissance et, partant, à toute force probante des parères les identifiant, si l'on n'avait pas formellement procédé, à temps, à ce constat de leur existence.

« [...] Attendu qu'on ne saurait pallier cette violation [des usages], en invoquant l'art. 1873 C. civ. [...] puisque, même sans s'étayer de cet article, sans s'étayer d'aucune loi commerciale qui attribue au liquidateur d'une société terminée, des pouvoirs plus étendus qu'à un mandataire ordinaire, sans s'étayer d'aucuns usages commerciaux alors existants, lesquels encore auraient dû être préalablement constatés etc. »¹⁷¹.

Il est un point sur lequel cette décision nous paraît également remarquable. En effet, de l'extrait cité juste ci-dessus, il ressort presque explicitement que les parères auraient certes dû être produits à temps devant les juges du fond, qu'un article du code renvoyant aux usages ait ou non préexisté. On en déduit donc que la valeur de l'usage, utilement invoquée par des parères, peut emporter la décision soit *sine lege*, soit *secundum legem*, soit même *contra legem*, ce qui serait le cas ici à en croire Delamarre et Le Poitvin¹⁷². Mais, à l'époque de la décision de la Cour de cassation, non seulement les coutumes ne sont

14 août 1817, *S.*, *chr.*; 11 juin 1825, *S.* 1825. 1. 245; *D.* 1826. 1. 231; *D.*, *Jur. Gén.*, v° *Effets de commerce*, n° 244; Req. 29 juin 1836, *D.* v° Cassation, n° 1414; 3 juil. 1844, *S.* 1844. 1. 667 et *D.* 1844. 1. 667; 13 nov. 1901, *D.* 1902. 1. 94; *Civ.*, 25 mars 1908, *D.* 1910. 1. 454; 14 mai 1929, *S.* 1929. 1. 387; Req., 15 mars 1944, *S.* 1945. 1. 40.)

171. Cass. 15 jan. 1812, *S.* 1812. 1. 8.

172. Delamarre et Le Poitvin, *op. cit.*, p. 455 : « [...] Mais l'arrêt lui-même doit constater l'usage sur lequel il se fonde, s'il est contraire à un texte de loi, même du droit civil. Sans cela l'arrêt serait cassé, comme violant la loi à laquelle l'usage seul pouvait déroger ». Et p. 451-452 : « Mais s'il s'agit d'un de ces usages autorisés par quelques dispositions générales, comme les art. 1135, 1159, 1160 et 1873 C. civ. ou seulement approuvé par le silence de la loi, en ce sens qu'aucun texte ne le prohibe, un tel usage l'emporte non seulement sur les règles et les axiomes de droit, mais encore sur le texte positif ce que l'on appelle *le droit commun*. L'usage devient alors la loi même du commerce, et il en a si bien l'autorité, quand il est régulièrement constaté, que sa violation par un arrêt ou jugement en dernier ressort qui en aurait reconnu l'existence, doit donner ouverture à cassation : *Inveterata consuetudo pro lege immerito custoditur* ». L'existence d'usages *contra legem* serait même une preuve de l'autonomie du droit commercial (Van Ryn et Henen, *Principes du droit commercial*, 1, 2^e éd., n° 20). Sur la même thématique et sous l'Ancien Droit, voir Boucher, *Institution au droit maritime*, *op. cit.*, p. 14 à propos de l'abrogation par l'usage des dispositions nuisibles de l'art. 23 du titre 5 de l'ordonnance de 1673. Voir encore la lettre du chancelier Daguesseau du 8 sept. 1747 rapportée p. 15. L'auteur précise bien par ailleurs que la loi est abrogée non dans son principe mais dans ses résultats « parce ses résultats sont contraires à la raison, la bonne foi et la faveur du commerce » (et ce à propos du non-respect des dispositions relatives à l'enregistrement des sociétés, p. 16).

pas distinguées, systématiquement en tous cas, de l'usage en droit commercial, mais encore et *a fortiori* n'a-t-on pas établi cette hiérarchisation des usages qui ne viendra qu'à compter du début du xx^e siècle. Mais peut-être que la question importe peu puisque la preuve de l'usage de droit ne se distinguera pas de celle de l'usage de fait : le mode opératoire est le même, les parties commerçantes étant, encore une fois, libres quant au moyen d'établissement la preuve (art. L 110-3 C. com.)¹⁷³.

Sinon, il ne semble pas que la force de l'usage, et donc encore une fois des éléments de preuve à même de l'étayer, ait pu être l'objet de discussions lorsqu'il s'agissait de lois non pas impératives mais interprétatives¹⁷⁴. Même si la distinction aujourd'hui admise a pu être discutée encore récemment¹⁷⁵, il importe de rappeler les éléments séparant usages de droit et usages de fait. L'usage de droit (ou coutume) est impératif. Ne participant pas de l'autonomie de la volonté, les parties ne peuvent l'écarter. En cas de la difficulté quant à sa preuve, le juge peut être amené à demander la production de parères. Le même constat peut-être opéré face à des lois interprétatives. Que recouvre l'usage de fait ? On sait que celui-ci ne disposerait pas de l'*opinio necessitatis*, ce qui ne l'empêche pas d'exister. D'autre part, il apparaît que si le juge n'est pas censé ignorer l'usage de droit qu'il doit connaître et soulever¹⁷⁶, la preuve de l'usage de fait relèverait de la seule production d'un parère par la partie concernée ; le juge ne peut donc en soulever l'application d'office¹⁷⁷. Les usages de fait, dits

173. Ainsi l'art. L 110-3 C. com.

174. L'usage commercial l'emporte sur la loi, lorsqu'il s'agit d'une loi qui n'a qu'un caractère interprétatif, et non impératif (Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e éd., Paris, Pichon, 1889, t. 1, n° 82, p. 71 ; Thaller, *op. cit.*, n° 50, p. 42 et s.). Conformément aux règles du droit commun, c'est à celui qui invoque un usage à le prouver (Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. 1, n° 80, p. 92) et la preuve se fait ici par tous les modes de preuve usités en matière commerciale. Au besoin, on invoque des certificats de commerçants, des *parères* des chambres de commerce ou de syndicats professionnels, c'est-à-dire des délibérations constatant les règles coutumières sur les points en litige (Montpellier, 6 fév. 1849, *DP*, 1849. 2. 122). Mais ces parères ne sont point un moyen à l'abri de tout reproche car ils peuvent, comme tous les modes de preuve produits par des parties différentes, être contradictoires (*Rép. Prat. Dalloz*, 1910, « usages commerciaux », p. 525-526).

175. J. Boucourechliev, « Usages commerciaux, usages professionnels : élaboration et formulation », *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Librairies Techniques, 1978, p. 30.

176. Là encore on doit préciser un point : « On serait tenté d'assimiler l'usage conventionnel à la loi supplétive, puisque dans l'un et l'autre cas la volonté des parties peut les écarter. Il existe cependant une différence en matière de preuve ; en cas de litige, le plaideur qui se prévaut d'une loi supplétive n'a pas à en prouver le teneur : "*Jura novit curia*" » (Y. Guyon, *op. cit.*, p. 27).

177. [http://www.boxiz.com/blogs/1594/Les sources non %C3%A9crites.html](http://www.boxiz.com/blogs/1594/Les%20sources%20non%20%C3%A9crites.html). Voir Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, p. 69-70 : « On ne saurait ranger parmi les modes de

aussi usages conventionnels, correspondent aux règles ordinairement suivies dans l'exécution de telle relation d'affaires ; il y aurait là à déterminer comment s'opère le saut qualitatif entre pratique et usage conventionnel ¹⁷⁸. Mais il faut bien noter que ces usages n'ont qu'un caractère supplétif et ne s'appliquent donc qu'à défaut de volonté exprimée par l'une des parties en vertu des dispositions de l'article 1160 du code civil au terme duquel « on doit suppléer dans les contrats les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ». Le silence de deux parties commerçantes vaudra acceptation tacite de l'usage ¹⁷⁹, tout comme d'ailleurs l'ambiguïté avec

preuve des usages la connaissance personnelle qu'en a le juge. Cette règle a une assez grande importance pratique en matière commerciale ; les juges des tribunaux de commerce, à raison même de leur qualité de commerçants, connaissent souvent les usages d'une certaine profession ou d'une certaine localité. Il est, en effet, de principe qu'un juge ne peut pas admettre l'existence d'un fait, sans que la preuve extrinsèque lui en soit fournie. Lorsqu'une partie se prévaut d'un usage, c'est bien d'un fait qu'il y a à faire la preuve ; il faut qu'il soit démontré que telle règle de droit est constamment appliquée. Il est vrai que le juge applique la loi écrite dont il a une connaissance personnelle, mais cela tient à ce que, pour la loi écrite, il n'y a pas de question de preuve proprement dite : il y a seulement à constater que la loi existe et parfois à l'interpréter. L'exclusion de la connaissance personnelle du juge pour la constatation des usages est généralement admise en France, mais non dans tous les pays ». En Allemagne, la question a été très discutée : Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, t. 1, p. 31. Mais elle est aujourd'hui tranchée en ce sens que le juge peut profiter de la connaissance personnelle qu'il a des usages. Voir C. org. jud., art. 118 et C. pr. civ., art. 265.

178. M. Coipel et Y. Pouillet, Rapport belge, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, « Le rôle de la pratique dans la formation du contrat », t. XXXIV, 1983, p. 185 : « Il faut dit la Cour de cassation, que la pratique soit généralement reconnue par tous comme étant applicable à défaut de stipulation contraire aux conventions de même nature. Outre l'élément matériel du caractère général de l'usage, il y a donc un élément psychologique : la conviction que l'usage fait partie du contrat et, de ce fait, est obligatoire [...] Pour qu'une clause-type devienne un usage conventionnel, il faut donc que les parties qui ne l'ont pas reproduite se sentent obligées par elle et qu'elles ne contestent pas qu'elles doivent se conduire comme si elle l'avait été. ».

179. L'usage n'a pas seulement pour effet d'interpréter les clauses obscures ou ambiguës ; il permet aussi de suppléer les clauses qui ne sont pas exprimées dans la convention (art. 1160 C. civ.). Ainsi, en matière de vente de marchandises, les juges peuvent, en vertu des usages du pays où la vente a eu lieu, et d'après l'intention présumée des parties réputées avoir connu ces usages, augmenter le prix stipulé d'une modique somme pour gratification d'ouvriers (Civ 15 fév. 1860, *DP.*, 1860. 1 403), selon le *Répertoire pratique Dalloz*, 1910, « contrats et conventions en général », p. 723). Lorsqu'il s'agit d'interpréter une convention, l'usage, à défaut d'une loi positive ou de conventions clairement exprimées, a valeur absolue (Boitel, *op. cit.*, n° 22). Ainsi, dans le silence du contrat de vente, les parties doivent être présumées avoir réglé leurs conventions d'après les usages du pays (Bordeaux, 23 mai 1894, *DP.* 1895. 2. 76). De même, à défaut d'un texte établissant la distinction entre le grand et le petit cabotage, un arrêt, pour fixer cette distinction, se réfère à bon droit aux usages suivies dans la colonie, alors d'ailleurs qu'ils sont conformes aux règles édictées en la matière pour la métropole et les autres colonies (Req. 25 juil. 1892, *DP.*, 1892. 1. 532), selon le *Répertoire pratique Dalloz*, 1910, « usages commerciaux », p. 525. Voir encore Y. Guyon, *op. cit.*, p. 26. Com. 25 jan. 1972, *D.*, 1972, 423 ; 29 nov. 1995, *JCP.* 1996, éd° E, II, 814. Cf. M. Coipel et Y. Pouillet, *op. cit.*, p. 185 : « On peut penser que la conviction se manifeste par une absence de contestation quant au caractère

laquelle les clauses auraient été rédigées¹⁸⁰. Toute contestation pourra alors donner lieu à la production d'un parère et ceci semble valoir tant en droit interne qu'en matière internationale où l'on parle volontiers de *lex mercatoria*¹⁸¹. Ainsi, les usages sont expressément mentionnés par la convention de Vienne du 11 avril 1980, comme source implicite auxquelles les parties se sont référées lorsqu'elles n'en ont point disposé autrement¹⁸².

Plus largement se pose la question de l'applicabilité des usages en fonction de la nature des parties en cause. S'agit-il uniquement de professionnels¹⁸³ ? Exercent-ils dans la même branche d'activité¹⁸⁴ ?

obligatoire de la pratique alors que le contrat ne s'y réfère pas expressément [...] L'absence de constatation révèle la conviction et, en même temps, la renforce ».

180. « Les clauses ambiguës s'interprètent par ce qui est d'usage. L'usage à suivre est, en principe, celui du pays où le contrat est passé (art. 1159. Req. 4 jan. 1854, *DP*. 1854. 1. 388. Comp. Bruxelles, 28 déc. 1863, *Pasicrisie belge*, 1864. 2.283). Il a été jugé que les mots *mis en place*, employés dans un devis passé entre un propriétaire et un entrepreneur de bâtiments, où le prix de la pierre est stipulé à tant le cube, interprété conformément aux usages, ne comprennent pas les parements et les agréments de la pierre (Paris, 30 déc. 1827, *R.*, 864). Si l'usage ne suffit pas, s'il n'en existe pas dans le pays ou si les usages sont contradictoires, on doit décider en faveur du débiteur (Demolombe, t. 25, n° 8) » (*Répertoire pratique Dalloz*, 1910, « contrats et conventions en général », p. 723).

181. « *En droit interne*, les usages précisent les obligations des parties dans les contrats usuels. Ainsi en matière de vente les usages fixent les quantités sur lesquelles on doit opérer (nombre, poids, volume), les modalités de la livraison, les qualités, les modes de paiement etc. [...] *En droit international* les usages aboutissent à une unification des pratiques plus rapide que celle qui résulterait de l'application des traités. On assiste à une renaissance d'un "droit des marchands", analogue à la "lex mercatoria" du Moyen Âge. Il constitue une sorte de volapük à l'usage des commerçants de tous les pays. À la longue les usages conventionnels finissent par se fixer et font l'objet d'une *codification officielle* afin d'en faciliter leur preuve. Ainsi une loi du 13 juin 1866 a fixé dans un tableau annexe les principaux usages applicables dans les ventes commerciales. Mais cette loi précise qu'elle n'a qu'une valeur supplétive et que les parties peuvent y déroger. [...] Depuis de nombreuses tentatives de codification ont été entreprises et souvent menées à bien. Généralement elles ne s'appliquent qu'à une profession déterminée. Toutefois les règles édictées par l'Association Française de normalisation (AFNOR) sont considérées comme applicables en principe, même lorsque le contrat ne s'y réfère pas (décret du 26 janvier 1984). Elles seraient assimilables à des usages conventionnels sauf si ayant été homologuées, elles deviennent des actes administratifs. Plus récemment certaines conventions internationales s'efforcent également de codifier les usages ou la terminologie utilisée dans le commerce (Incoterms) et Unidroit a établi la liste des principaux principes applicables aux contrats du commerce international. Ces normes codifiées sont souvent plus rationnelles que les usages et s'appliquent donc plus facilement » (Y. Guyon, *op. cit.*, p. 27). Voir encore B. Oppetit, « La notion de source du droit... », *op. cit.*, notamment p. 48-53.

182. Art. 9 : « Sauf convention contraire, les parties sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance ». Il s'agit donc là d'un usage si répandu qu'il est susceptible de généralisation, et donc d'aspirer à devenir une véritable règle de droit applicable par le juge ou l'arbitre. Il a ainsi vocation à passer du statut d'usage de commerce, à celui d'usage du commerce, véritable usage de droit ».

183. Com. 10 jan. 1995, D. 1995, 22 note Gavaldà ; *JCP.*, 1995, II, 22475, note Auckenthaler ; 4 mai 1999, *Bull. civ.*, IV, n° 90, p. 75 et Y. Guyon, *op. cit.*, p. 27.

Existe-t-il une *relation commerciale établie*¹⁸⁵ ? Autant d'éléments qui permettront d'invoquer ou non, par des parères, l'applicabilité de l'usage¹⁸⁶. Celui-ci, quoiqu'implicite, est censé être connu des parties du simple fait de leur appartenance à une profession déterminée¹⁸⁷, élément objectif renforcé par le devoir des professionnels de se tenir aux courant des règles de leur domaine d'activité¹⁸⁸. Néanmoins,

184. Un commerçant ne pourrait imposer un usage professionnel à un autre commerçant étranger à sa branche d'activité (Com. 29 juin 1993, *Bull. Civ.*, IV, n° 274, p. 194 et Y. Guyon, *op. cit.*, p. 27).

185. http://www.registreslegaux.com/index.php/site/article/comment_rompre_une_relation...

186. G. Ripert et R. Roblot, *op. cit.*, p. 24 : « [...] si un commerçant traite sur une place qui n'est pas la sienne, il n'est pas censé connaître les usages de cette place (Lyon, 26 jan. 1869, *S.* 1869. 2. 195). De la même façon, une partie peut ignorer les usages de la profession de son cocontractant (Paris, 30 juin 1964, *JCP*, 1965. 2. 14058. Comp. Lyon, 1^{er} déc. 1965, *Gaz. Pal.*, 1966. I. 188) ; cette phrase est reprise *in extenso* par L. Vogel, *op. cit.*, p. 35 avec une actualisation jurisprudentielle : Cass. Com., 8 oct. 1991, *Contrats, conc. Consom.*, jan. 1992, n° 1, obs. Leveneur ; Paris, 1^{er} juil. 1970, *JCP*, 1971, 2, 16821, note Pédamon) « L'étude de la jurisprudence qu'elle soit judiciaire ou bien surtout arbitrale, quant à l'application des usages, tend à confirmer le fait que l'usage de droit ne serait bien qu'une coutume mais dont le domaine serait strictement limité à une sphère bien précise. Pour preuve, les nombreuses décisions qui exigent, pour que les usages soient applicables par l'arbitre, que les parties soient des professionnels de la branche considérée. Cette précision – qui se présente en réalité comme une véritable condition de fond d'applicabilité des usages par l'arbitre, et qui est d'ailleurs la seule – constitue l'un des apports les plus intéressants de la jurisprudence. Cette exigence est ancienne. Ainsi, dans l'arrêt *Vilatte* susmentionné, la Cour de Paris prend soin de relever, pour approuver les arbitres d'avoir fait application des RUCIP que Vilatte est un professionnel de ce commerce, et qu'il est à ce titre tenu de connaître ces usages, comme nul n'est censé ignorer la loi. La qualité de commerçants dans un secteur délimité, implique donc, chez ceux qui la possèdent, la connaissance des usages de la branche, et leur applicabilité par l'arbitre en est la conséquence. L'opposabilité des usages aux seuls professionnels, tandis que la coutume civile serait opposable *erga omnes*, est d'ailleurs un principe que la jurisprudence française a dégagé en dehors même de l'arbitrage. Il est à rappeler que la Cour de cassation dans son arrêt de 2003, a pris soin de préciser que l'acheteur comme le courtier étaient des professionnels exerçant dans le même secteur d'activité. À l'inverse, l'application d'un usage a été écartée lorsque le commerçant traite en dehors de sa place ou avec un autre commerçant membre d'une profession dont il ignore les usages [Cass. Com. 18 jan. 1972, *JCP éd. G.*, 1972. II. 17072]. C'est également la position prise par la Convention de Vienne [...] » (J.-F. Riffard, *op. cit.*, p. 80-81).

187. « L'acceptation implicite peut résulter notamment de l'appartenance des parties à la profession concernée par les usages. Lorsqu'aucune des parties ne l'a invoqué, un usage ne peut pas être appliqué par les juges sans que ces derniers ne soumettent ce moyen à la discussion des parties et constatent que celles-ci l'ont expressément adopté (Cass. com., 17 mai 1988, 86-17708). Les professionnels d'une activité déterminée, qui veulent échapper aux usages y afférents, doivent prévoir expressément leur exclusion. Ainsi, dans un arrêt du 20 décembre 1982, la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation a explicitement décidé que : "[...] Les usages invoqués ne peuvent prévaloir contre la convention des parties [...], claire et précise [...]" (Cass. com., 20 décembre 1982, inédit) » (J.-B. Rozes, *op. cit.*).

188. « [...] il est conseillé à tout professionnel de bien connaître les usages du monde des affaires ainsi que les usages spécifiques de sa profession. Une première démarche est assurément de se renseigner auprès des professionnels et des organismes du secteur. De

lorsqu'une loi renvoie expressément à l'usage, celui-ci sera alors doté d'une force impérative¹⁸⁹. Encore faut-il qu'il remplisse les conditions ordinairement exigées pour que, une fois établi, le juge accepte de l'élever par la délivrance d'une sorte de certificat de normativité, de le faire ainsi muer d'usage de fait au statut d'usage de droit¹⁹⁰. L'usage devra ainsi présenter des caractères d'ancienneté, de stabilité invitant à sa généralisation¹⁹¹, critères classiquement retenus par la doctrine et la jurisprudence¹⁹² depuis le XIX^e siècle¹⁹³, mais qui apparaissent aujourd'hui fragilisés.

même, un avocat saura prendre en compte les usages notamment lors de la rédaction de ses conditions générales de vente. Il est également possible à tout un chacun de se rendre au service de l'audience du greffe du tribunal de commerce de Paris où sont enregistrées environ deux cents attestations d'usages de professions spécifiques » (*ibid.*).

189. L'usage de commerce est donc pourvu d'une normativité dont l'intensité est, selon les cas, variable. Dans la plupart des cas, l'usage aura, nous l'avons vu, une force supplétive. Mais parfois, il pourra se voir reconnaître une force impérative, notamment lorsque l'usage aura tiré sa normativité d'une loi. Il en est ainsi notamment de l'usage auquel renvoie l'article L 442-6 du Code de commerce que doit respecter tout professionnel en cas de rupture de relations commerciales (J.-F. Riffard, *op. cit.*, p. 78). Voir cependant la réserve issue de l'arrêt précité de la Cour de cassation en date du 15 janvier 1812 (*supra*).

190. J.-F. Riffard, *op. cit.*, p. 75.

191. *Ibid.* : « Il ne faut toutefois pas oublier que les règles invoquées comme usages doivent être générales, constantes et anciennes. Il a ainsi été jugé que des dérogations conventionnelles récentes et ne visant qu'un nombre limité d'applications ne pouvaient être qualifiées d'usages (CA Rennes, 27 février 1986) ». Voir aussi : <http://portail-des-pme.fr/reglementation/3339-les-usages-des-regles-contraignantes-que-doit-connaître-tout-professionnel>

192. Paris 6 déc. 1933, Gaz. Pal. 1934, 1, 222. La Cour a précisé sur ce point que : « Considérant que l'usage au sens des articles 1135 et 1160 du code civil n'existe que lorsqu'il a été admis par tous, et qu'il n'est plus contesté par personne depuis longtemps (...) ». L'usage bancaire doit donc respecter un tel critère de généralité afin que sa genèse soit conforme aux prescriptions existantes en la matière et pour que le banquier puisse espérer l'opposer avec succès à son client (G. Meyer, *op. cit.*, p. 33).

193. « Les usages pour avoir autorité en droit, doivent réunir les trois caractères suivants. Ils doivent être : 1^o *Généraux*, c'est-à-dire dire appliqués sans divergence à tous les cas semblables dans toute la région où l'on prétend qu'ils existent. Cette condition de généralité n'empêche pas qu'on ne distingue, au point de vue de l'extension des usages, les usages *généraux* appliqués dans toute la France, et les usages *locaux* existant spécialement dans une région limitée, comme une province, ou même une place de commerce. – 2^o *Multipliés*. Il ne suffit pas qu'on ne signale aucune divergence dans l'application de l'usage, il faut en outre que les cas où il a été appliqué soient assez nombreux pour qu'on ne puisse pas douter du consentement général donné à la règle qu'il consacre. – 3^o *Anciens*. Il faut qu'ils aient duré un certain temps pour que ce même consentement puisse avoir existé » (A. Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, 1876, p. 11-12). Par comparaison, et à propos de l'usage civil : « Un usage local n'a les caractères suffisants pour avoir force de loi qu'à la condition d'être uniforme, public, multiplié, observé par la généralité des habitants et réitéré pendant un long espace de temps [...] Les anciens auteurs discutèrent sur le point de savoir combien de temps un usage devait être en vigueur pour avoir l'autorité de la loi. On s'accordait généralement à dire que l'usage devait être établi depuis dix ans au moins. Cependant Dunod (*De la prescription*) enseignait déjà qu'il faut laisser à l'arbitrage du juge le droit de décider souverainement par le nombre et la qualité des actes

Conclusion – La fragilisation des parères, une question en suspens

La fragilisation des parères peut se discerner à la révélation de quelques indices, notamment par l'ampleur du rôle de la Chambre de Commerce Internationale qui, si elle fait un œuvre « comparable à celle des auteurs de parères », les dépasse néanmoins en s'exonérant parfois du critère de l'ancienneté¹⁹⁴. Nos parères devraient-ils en

si l'usage est acquis, et c'est le sentiment de cet auteur qui a prévalu. Il a toujours été de principe que c'est à la partie qui invoque un usage à en faire la preuve » (J. Krug-Base, *op. cit.*, p. 199). « S'il s'agit d'un usage local, qu'il soit *quod de regione frequentatur*, c'est-à-dire, observé par la généralité des commerçants du lieu ; Et qu'il soit uniforme s'il est question d'un usage qu'on prétend général, c'est-à-dire qu'il soit le même sur toutes les places du royaume, et que, pratiqué dans les unes, il ne soit pas rejeté sur les autres. Il faut, de plus, qu'il soit fondé sur une grande multiplicité de précédents. Quelques actes qui se seraient reproduits de loin en loin, ne suffiraient pas à constituer un usage. Il faut enfin qu'il soit soutenu pendant de longues années. Des auteurs ont exigé au moins vingt ans d'existence. Aujourd'hui, sans nul doute, c'est une appréciation qui appartient au juge. Si une de ces conditions manque, l'usage n'est rien ; la loi seule conserve son empire » (Delamarre et Le Poitvin, *op. cit.*, p. 451).

194. Ce phénomène avait été magistralement décrit par le Doyen Jean Stoufflet [...] à propos des Règles et usances de la Chambre de commerce internationale (CCI). Ces règles ont le plus souvent valeur de normes de droit objectif, sans que le processus d'élaboration classique de la coutume ait été suivi et respecté. Comment expliquer ce résultat, et surtout quelle légitimité reconnaître à ces usages dont on ne sait s'ils méritent la qualité d'usage de droit ? La CCI, organe purement privé, a depuis longtemps compilé officiellement les usages dans certains secteurs d'activités. Ont été ainsi élaborées sous son égide, dès le congrès de Vienne de 1933, les *Règles et Usances Uniformes* (RUU) relatives aux crédits documentaires, ainsi que les Règles et Usances Uniformes relatives aux encaissements ou encore aux garanties contractuelles. Il ne fait aucun doute que ces RUU ont en pratique la force de véritables usages de droit, puisque la Cour de Cassation s'y réfère régulièrement. À cet égard, la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler que les Règles et Usances, loin de n'être que de simples recommandations, constatent des usages dont il est bien établi qu'ils constituent, en matière commerciale, une source de droit à tel point qu'ils s'appliquent en l'absence de toute référence expresse des parties, dès lors au moins qu'elles n'ont pas écarté leur application sur tel ou tel point. L'assimilation des RUU aux usages de droit supplétifs permet surtout d'assurer l'application des Règles même dans l'hypothèse, très rare il est vrai en pratique, où il n'y a pas été fait référence dans la convention. Mais cette assimilation est-elle, d'un point de vue juridique, légitime et fondée ? La question mérite d'être posée. En effet, il s'avère à l'examen, que le mécanisme d'élaboration des normes de la CCI ne reproduit pas exactement le processus classique de formation des usages notamment des usages commerciaux. L'usage classique a un caractère spontané et son autorité n'est acquise que par la répétition dans un milieu donné ou une profession d'un comportement semblable. Ce n'est qu'en partie vrai pour les « Règles » de la CCI. Certes, elles constatent les pratiques en une matière donnée et dans cette mesure la CCI, lorsqu'elle les publie, fait une œuvre comparable à celle des auteurs de parères. Mais on constate très vite à l'étude que la CCI n'a pas un rôle purement passif de constatation et d'enregistrement. D'abord, ainsi qu'on l'a déjà souligné, la CCI a entrepris à travers ces règles une unification internationale des pratiques. Les Règles constatent les usages nationaux là où ils sont uniformes et formulent une solution moyenne acceptable par le plus grand nombre et si possible par tous quand ils ne concordent pas. Ainsi, pour partie au moins, les normes de la CCI sont *créées* par elle. Il y a aussi création dans la mesure où la CCI à partir d'usages plus ou moins précis, certains généraux, d'autres très spéciaux, a

souffrir au point d'être menacés ? Par définition, les parères sont voués à l'extinction lorsque la loi se saisit de la matière dont ils avaient à prouver l'existence. C'est en droit du travail que l'on peut particulièrement isoler cette tendance. S'il est vrai que les corporations d'Ancien Régime ne délivraient point de parères ¹⁹⁵, on avait pu voir en voir formulés sur les salaires des équipages et, plus récemment, sur les délais de congé lorsque les textes de loi renvoyaient encore aux

élaboré un texte systématique, cohérent, détaillé. On est loin d'une simple photographie de pratiques. En réalité, en partant d'une certaine conception de l'opération consacrée par la pratique et en la développant de manière rationnelle, la CCI est parvenue à une codification qui, à la fois, repose sur l'usage au sens classique et le dépasse. Ce dépassement est accentué par le fait que les Règles se reconnaissent une vocation à s'appliquer dans des pays où aucun usage n'existe faute d'expérience de l'opération considérée. L'argument est-il pour autant dirimant ? Sans doute non. En effet, cette lacune peut être comblée, par l'existence d'un consensus général parmi les destinataires de la norme. On rejoindrait alors le concept classique d'usage par la généralisation de l'application des normes de la CCI ? Dans le cas des règles relatives au crédit documentaire et des règles sur l'encasement on peut, en effet, admettre la création d'un usage – là où il n'y en avait pas – par l'effet d'une adhésion générale de la pratique aux dispositions qu'a définies la CCI. L'existence d'un tel consensus permettrait de remplacer le critère de l'ancienneté, lequel n'a pour fonction que de caractériser ce consensus. Reste à savoir comment caractériser l'existence de ce consensus. N'est-il pas artificiel de se borner à affirmer son existence pour conférer aux RUU et à leurs modifications périodiquement apportées pour tenir compte de l'évolution des techniques et des pratiques, une normativité quasi égale à celle d'une règle de droit ? Dès lors, il est possible de conclure avec le Doyen Stoufflet que les normes définies par la CCI ne se confondent pas avec l'usage, même si elles ne s'en détachent pas entièrement, ni avec le mécanisme du contrat-type et des conditions-types. Elles relèvent d'une autre catégorie de sources du droit, originale. On serait en présence de normes professionnelles dont l'autorité repose non pas sur le consentement des membres de cette profession mais sur l'aptitude reconnue à un organisme professionnel de traduire à la fois les besoins du commerce et la rationalité d'une opération. Ce type de norme est, d'une certaine manière, par le processus de sa formation, à l'opposé de l'usage. Il est, comme la loi, l'œuvre d'une institution alors que l'usage se crée spontanément. Mais avec l'usage il a en commun d'être une source non étatique. La reconnaissance de telles normes professionnelles n'engendre-t-elle pas un risque d'arbitraire ? Il ne le semble pas. Ces normes ne sauraient être créées de toutes pièces. Elles ne se conçoivent que pour des opérations dont les traits essentiels sont suffisamment fixés. Au surplus, il est bien certain que les RUU respectent les usages existant, et l'œuvre créatrice de la CCI n'a vocation qu'à combler, compléter les usages existant et constatés. Ce qui en limite, en pratique, grandement la portée » (J.-F. Riffard, *op. cit.*, p. 76-78).

195. Sur ce point la consultation de notre collègue spécialiste en histoire du droit du travail, M. Thierry Hamon (Université Rennes I), nous éclaire. Jamais ses recherches n'ont pu révéler, en l'état, l'existence d'éventuelles attestations de type « parères » rédigées par des corporations artisanales, voire commerciales. Lorsque la justice a besoin d'être fixée sur des points techniques (une expertise suite à un vol ou une contestation de chef-d'œuvre ; contentieux dans la réalisation d'un ouvrage suite à une convention de « louage d'ouvrage »), elle a effectivement recours à des dirigeants corporatifs, mais ceux-ci se contentent d'une déposition orale à l'audience. Les Prud'hommes, dans la première moitié du XIX^e siècle, statuent parfois en se référant aux « usages professionnels », très partiellement mis par écrit dans les recueils des « *usements locaux ayant force de loi* » (par exemple, pour la fixation des salaires des journaliers, la durée des contrats, les dates de début et de fin, etc.). L'établissement d'un lien clair et direct entre ces « usages professionnels » attestés au XIX^e siècle, et les usages dont les anciennes corporations étaient les garantes, ne peut pour l'instant être établi.

usages locaux¹⁹⁶. En revanche, on a pu noter, par exemple, une éviction des parères en matière d'indemnité de congédiement du travailleur salarié, cette matière étant désormais régie par la loi, là où elle avait pu être autrefois soumise aux usages locaux¹⁹⁷. D'une

196. « Au sujet des délais de congé (loi du 19 juillet 1928). Reçu le 21 mars de l'Imprimerie d'Extrême-Orient, la lettre suivante : Hanoi, le 20 mars 1929. Monsieur le Président de la Chambre de Commerce Hanoi. Monsieur le Président, Nous nous permettons d'attirer votre attention sur les dispositions de la loi du 19 juillet 1928 en ce qui concerne les délais de congé. La loi se référant aux usages locaux il serait peut-être utile que cet usage soit officiellement fixé pour notre région. Veuillez agréer etc. *Signé, Deseille* ». À cette lettre était épinglé cet extrait de la loi du 19 juillet 1928, extrait du JORF n° 171 du 21 juillet 1928, p. 8150 : « [...] Article unique. – L'art. 23 du livre 1^{er} du code du travail et de la prévoyance sociale est modifié ainsi qu'il suit : [...] l'existence et la durée du délai-congé sont fixés en conformité des usages pratiqués dans la localité et la profession ou, à défaut de ces usages, par des conventions collectives. Il peut être dérogé par des conventions collectives aux délais fixé par les usages [...] ». Sous le texte de loi figure le commentaire suivant : « Il est de jurisprudence qu'en cas de contestations de l'espèce, le juge peut, pour trancher la cause, et se référant aux usages locaux, faire rectifier lesdits usages par des représentants qualifiés du Commerce et de l'Industrie du lieu où résident les parties (Parères) [le mot est entre parenthèses dans le texte]. Il serait évidemment souhaitable de codifier les usages en question, mais, outre que le procédé habituel offre une souplesse plus grande, plus en rapport avec la multiplicité des usages, cette codification aurait ici cet inconvénient d'être nécessairement double, la difficulté de trouver un emploi n'étant pas la même selon qu'il s'agit d'Européens ou d'Indigènes, et les usages indigènes et usages européens qui sont différents ne pouvant être unifiés sans gêner pour les uns et pour les autres. En conséquence, et s'en tenant à la jurisprudence appliquée jusqu'à ce jour, la Chambre estime qu'il est préférable de s'en rapporter au Tribunal du soin de trancher les cas d'espèce qui pourront lui être soumis » (*Bulletin de la Chambre de commerce de Hanoi*, séance du 8 avril 1929, Imprimerie commerciale de l'Avenir du Tonkin, Hanoi, 1929, p. 50 et 52).

197. « L'indemnité de licenciement est un autre exemple d'éviction de l'usage en droit du travail. De même qu'en matière d'essai, l'indemnité de licenciement a été initialement prévue par des usages professionnels, notamment un usage en vigueur dans la région Bordelaise. Cet usage avait été reconnu dans un parère du 12 juin 1919 [...] Il y eut vraisemblablement quelques discussions sur la nature du parère car il avait été signé entre un comité de groupements économiques de la région bordelaise et des associations professionnelles de salariés. La date de sa conclusion suivait de peu la loi du 25 mars 1919 qui donna un statut juridique à la convention collective. En d'autres termes certains juristes se sont posé la question de savoir si ce parère attestait de l'existence d'un usage professionnel ou s'il constituait les prémices d'une négociation collective menée peu de temps après la loi qui consacrait l'existence juridique des conventions collectives. Il semble pourtant qu'en dépit de la quasi-concomitance entre la date de signature du parère et la date de la loi de 1919, le texte bordelais ne faisait que reconnaître un usage préexistant. Il y eut vraisemblablement quelques discussions sur la nature du parère car il avait été signé entre un comité de groupements économiques de la région bordelaise et des associations professionnelles de salariés. La date de sa conclusion suivait de peu la loi du 25 mars 1919 qui donna un statut juridique à la convention collective. En d'autres termes certains juristes se sont posé la question de savoir si ce parère attestait de l'existence d'un usage professionnel ou s'il constituait les prémices d'une négociation collective menée peu de temps après la loi qui consacrait l'existence juridique des conventions collectives. Il semble pourtant qu'en dépit de la quasi-concomitance entre la date de signature du parère et la date de la loi de 1919, le texte bordelais ne faisait que reconnaître un usage préexistant » (A. Fiorentino, « L'usage en droit du travail » *La Revue*, n° 2, 2013, p. 55-56). Voir aussi Miquel, *L'usage en droit du travail*, thèse, Toulouse, 1974.

manière plus générale il semble que la source que constituait ces derniers tend singulièrement à se tarir au profit des réglementations corporatistes et/ou professionnelles¹⁹⁸.

Ce déclin entraîne de fait celui des parères les attestant¹⁹⁹, même si on peut noter encore l'existence de certaines décisions jurisprudentielles récentes y faisant référence²⁰⁰. Par ailleurs, l'utilisation des parères peut parfois être pervertie, notamment lorsque des professionnels tentent de les opposer à des non-professionnels, ce qui a amené à rappeler les conditions d'opposabilité des parères en justice²⁰¹ : d'où la nécessité dans laquelle les banques se sont retrou-

198. « Les usages sont des comportements professionnels constants, notoires et généralement anciens. Ils constituent une source importante du droit des affaires. Non seulement ils ont été historiquement à l'origine de celui-ci, mais ils continuent de faciliter son adaptation à l'évolution de l'économie. En effet, la mise au point d'un procédé original de fabrication, les prospections de nouveaux marchés créent des courants d'échanges qui se traduisent nécessairement en termes juridiques. Or le législateur ne peut pas suivre le rythme de cette évolution. De même les relations habituelles entre membres d'une même profession ou entre clients et fournisseurs donnent naissance à un ordre juridique spontané. Autrefois les usages avaient surtout un caractère local. Ils variaient selon les places. Actuellement ce particularisme s'estompe, mais une diversification des usages s'opère dans chaque secteur économique ou professionnel. Il arrive aussi parfois, mais plus rarement, que les usages ralentissent l'application de réformes législatives qui heurtent les traditions ou qui méconnaissent des intérêts corporatifs » (Y. Guyon, *op. cit.*, p. 26). Voir enfin Granger, « La tradition en tant que limite aux réformes de droit », *RIDC.*, 1979.

199. B. Ricodeau, *La distinction des usages et des pratiques en droit économique français*, thèse, Orléans, 1983, p. 157. L'auteur constate un déclin des parères qu'il attribue au déclin des usages purement locaux et d'une manière plus générale au développement des preuves *a priori*.

200. Cass. Com. 9 jan. 2001, n° 97-22668, faisant référence aux attestations émanant de la Chambre des Métiers de la Gironde et du Groupement des lamineurs et fileurs d'aluminium.

201. C. Galvada, J. Stoufflet, *Droit bancaire*, Paris, Litec, 2008, p. 12 : « Usages et pratiques professionnels. Ils constituent une source de droit dans les rapports entre professionnels. En revanche, ils ne peuvent, ne principe, être opposés à un client. Le contenu des usages est parfois établi, en cas de litige, au moyen d'un parère délivré par le président de l'Association Française des Banques (CA Paris, 15^e ch. B, 12 nov. 1992 : *D.* 1994, somm., p. 321 ; *JCP E*, 1995, I, 463, n° 7, obs. Gavaldà et Stoufflet. – CA Rouen, 2^e ch., 22 avr. 1999, *JCP* 2000, IV, 2050 ; *Juris-Data*, n° 105028. – T. com. Paris, 15^e ch. 20 jan. 2006, *Sté Securities bank c/ SARL Numismatique et placements*, *Juris-Data*, n° 317419) ». Voir R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 1006 : « Les pratiques des dates de valeur ont agité la profession bancaire ces dernières années. Une telle pratique peut sans doute se concevoir en tant qu'usage bancaire [Aix. 29 sept. 1990, *Revue Banque*, jan. 1991, p. 96.] ainsi que le rappelle un parère de la *Fédération Bancaire Française* [Parère du 16 juillet 2001 : *Il est d'usage constant que les établissements des crédit appliquent à leur clientèle des dates de valeur, c'est-à-dire que la prise en compte de ces opérations pour le calcul des intérêts se fait avec un certain décalage par rapport au jour où elles sont effectuées...*]. Mais si les usages sont une source essentielle du droit commercial, comme le rappellent certains auteurs, il ne faut pas les assimiler aux pratiques : « un consentement général est la condition sine qua non des usages bancaires qui ne signifient pas la volonté unilatérale des banques, résultant de leur façon de faire habituelle ». Or, en matière de date de valeur régnait une grande disparité d'un établissement de crédit à l'autre, et une accepta-

vées de devoir contractualiser ces usages ou prétendus tels ²⁰². Enfin, la mutation des usages constitue évidemment un facteur de déclin du parère par obsolescence ²⁰³.

C'est ainsi que l'on a pu voir émerger des pratiques quelque peu perverses de syndicats professionnels tendant à utiliser les chambres de commerce pour obtenir la délivrance d'un parère leur permettant de justifier des pratiques qu'ils avaient eux-mêmes élaborées ²⁰⁴. On a pu noter également qu'un facteur de l'atténuation des usages pouvait consister dans l'importance du droit écrit et la globalisation des échanges ²⁰⁵. Même au regard de ces considérations, il est trop tôt cependant pour augurer avec certitude de l'avenir des parères.

Pour aller plus loin ²⁰⁶...

Édouard RICHARD

Centre d'Histoire du droit – IODE UMR CNRS 6262

tion très relative de la clientèle qui les subissait (Gavalda/Stoufflet, *JCPE*, 1995-1, 463, n° 7) ».

202. « Mais cette publication des parères était insuffisante pour traduire les nombreux usages bancaires et la nécessité d'une transparence accrue imposait de matérialiser ces pratiques bancaires. En outre, la jurisprudence de plus en plus refusait d'appliquer les principes de ces usages bancaires aux relations avec les clients, dès lors que ceux-ci n'avaient pas été préalablement portés à leur connaissance. C'est dans ce contexte que les banques ont progressivement contractualisé ces usages [...]. La contractualisation a permis de figer les usages et d'en fixer les limites [...] » (J.-L. Guillot, *op. cit.*, p. 18).

203. P. Mousseron, *op. cit.*, p. 20 : « Leur utilisation paraît cependant en recul. La FBF a même suggéré de supprimer certains parères qui ne correspondent plus à des pratiques utilisées ». Voir G. Cenac et R. Diaz, « Les usages en matière bancaire et financière », *Les usages en droit de l'entreprise*, LexisNexis, 2010, p. 127.

204. J. Boucourechliev, *op. cit.*, p. 28 : « Cependant l'on doit constater que les syndicats professionnels établissent sous la qualification d'usages et souvent déposent auprès d'une chambre de commerce pour qu'elle puisse ultérieurement délivrer un parère, des contrats-types qui n'en ont nullement les caractéristiques. La confusion peut être faite de bonne foi par les syndicats, soit que les rédacteurs considèrent comme *normales* les clauses qu'ils rédigent, soit qu'ils pensent pouvoir exercer une fonction de type corporatiste qui consisterait à les promulguer comme telles. On pense ici au mécanisme instauré par la loi du 30 août 1940 dont Tunc estime qu'elle a laissé des traces profondes dans les mentalités ».

205. J.-M. Bahans et M. Menjucq, « La reconnaissance d'un usage commercial comme règle de droit », *Rev. Dalloz*, 2004, p. 414.

206. L. Assier-Andrieu, *Une France coutumière. Enquête sur les usages locaux et leur codification (XIX^e-XX^e siècles)*, CNRS, 1990 ; G. Cenac et R. Diaz, « Les usages en matière bancaire et financière », *Les usages en droit de l'entreprise*, Lexis Nexis, Paris, 2010 ; M. Bourdeau, « L'invocabilité des usages professionnels en matière contractuelle », *RJDA*, 2011-6, p. 459. Voir enfin la *Revue de droit international*, n° 145, 1965, p. 605 et s. sur les parères de la CIJ.

PREMIER EXEMPLE

Parère émis par la chambre de commerce de Guyenne au bas duquel figurent des avis divergents des conseillers quant à la réponse à la question posée (bas de la deuxième page) (Gironde Archives En Ligne, cote C 4276)

COPIE

Jean arroux 1758. depuis qu'il a été déclaré pour son action de 5000 liv. quel que action contre arroux qui a été déclaré pour son compte de 5000 liv. La Clause de la sentence qui l'a été accordée signée de l'arroux

Les Directeurs de Commerce de la province de Guyenne sur le rapport du procureur. Estiment que les Arroux de Jean arroux ne peuvent opposer aucune action contre le Robert.

M. de la Roche

M. Dubouge

pour M. de la Roche

De 17. may 1758.

Memoire a Consultes

COPIE

M. de la Roche, M. Dubouge, M. de la Roche, M. de la Roche

Monsieur Paul Desrosier, de la ville de Bordeaux. Le 17. Janv. 1758. au S. pour de Demartay, 20. Caution de Savon de Demartay p. orthon et p. Compte de M. Brunel du dit lieu. Avec ordre de la part de M. Desrosier, en faire passer de dit Savon, à M. Lefranc & fils de mont Demartay.

Le 5. pour l'apud, de M. Savon à la droite des dits M. Lefranc et Les en donna avis le 16. Janv. 1758. en leur Remettant le Compte de son avance montant a 106. liv. 2. deniers et les pria de leur faire Savoir et de lui en donner Credit

Le 6. Mars 1758. Monsieur Lefranc est mort au S. L'avis que le Sieur Brunel de l'orthon avait manqué sans leur avis Rembourser, ou payer de 106. liv. 2. deniers et qu'il leur avait chargé de faire Savoir;

On demande. Si faut. pro M. Lefranc l'avis remis Leur Savon, sans en faire Rembourser les avances de M. Sieur pour: ils ne font pas devenir Responsables. Et si cela ne doit pas être Considéré. Comme on desist. qu'il

COPIE

COPIE

16

Le cas avait Confus et quel ne pouvoit Etre de l'étranger
La Suite de son Remboursement ne Ce trouvant.

Il est a Remarquer que la uilt pout la premiere fois que
Le dit pout a fait passer des marchandises avec St. J. de France,
P. Le Compte de dit Sieur Brunet et que C'est les biens de France
Qui sont Rembourse de ses avances et de St. J. de France n'a jamais
Correspondu avec Le dit Brunet.

Un de bonna du Sieur pour Consulter en Droit et formes
Dauillan, voirer, prager, & Commission,

Je Puis M. de la Roche La Directeur de la Chambre de Commerce
De Guienne, de demer deux avis sur la question Cy diffon-
Signe B. de la Roche, J. de la Roche.

Les Directeurs ou formures de Guyenne et de Guienne
des deux de Guyenne memoire que pour de d'auillan les bien
fondi dans la dite et dite de la France, dans les biens de France de
mont de marine, non cités de de la France, mais attendu que d'auillan
M. de la Roche Il est seul capable de en faire prager.

[Signature]
[Signature] Agave
Monneur l'avis
Jaffon

COPIE

M. de la Roche, Paris,
de France

M. de la Roche, Paris, de France ayant les deux avis Contaire a
celuy de la Roche de la France et auant de d'auillan ou de d'auillan
qu'il fut Etre de la France et de la France.

Que pour de d'auillan les bien fondi dans la dite et dite de la France,
dans les biens de France de mont de marine, attendu la dite et dite de la France

de la Roche
[Signature]

COPIE

COPIE

DEUXIÈME ET TROISIÈME EXEMPLES

Parères émis à propos de la responsabilité des cessionnaires de titres
(question récurrente lors du dernier tiers du XIX^e siècle)

DEUXIÈME EXEMPLE

Avis émis par l'Union des Banquiers du Commerce de Paris et de la Province ²⁰⁷

Paris, le 18 novembre 1884.

Les soussignés, membres de la chambre de commerce, banquiers, directeurs de Sociétés de crédit, notables commerçants, etc.

Certifient que, dans l'intention des parties, celui qui achète à la Bourse un titre au porteur entend n'être soumis à aucune obligation relative à ce titre du moment où il s'en sera défait, spécialement en ce qui concerne la libération des titres au porteur qu'il aurait achetés non entièrement libérés.

La raison d'être du titre au porteur consiste précisément en ce qu'il se transmet par simple tradition manuelle et circule sans laisser aucune trace. Si la possession d'un pareil titre, dont le caractère essentiel est l'anonymat, pouvait engager, pour l'avenir, la responsabilité de celui entre les mains duquel il ne s'est trouvé que momentanément, l'avantage de la forme au porteur disparaîtrait et les opérations sur les titres de cette nature n'offriraient plus aucune sécurité.

On peut ajouter que la recherche des transmissions successives des effets au porteur jetterait sur le marché public le trouble le plus profond et le plus funeste.

En foi de quoi, les soussignés ont délivré le présent certificat pour en faire tel usage que de droit.

Banquiers : MM. De Rothschild frères, Vernes et C^{ie}, Demachy et Seillère, Mallet frères, Marcuard Krauss et C^{ie}, Heine, Desmarests Ducoing et C^{ie}, Hottinguer et C^{ie}, J. Camondo et C^{ie}, Hollander, André, Girod et C^{ie}.

MM. Christophe, gouverneur du Crédit foncier, Durrieu, président du Conseil d'administration du chemin de fer d'Orléans ; Dietz-Monnin, président de la Chambre de commerce de Paris ; Camus, directeur de la Compagnie Parisienne du Gaz, etc.

207. *Revue des Sociétés*, 1885, p. 502.

TROISIÈME EXEMPLE

Avis émis par l'Union des Banquiers

Monsieur le Syndic des agents de change à Paris.

Monsieur le syndic,

Par votre lettre du 12 novembre courant, vous avez demandé à l'*Union des Banquiers* du commerce de Paris et de la province son avis motivé sur un parère concernant le caractère des titres au porteur et les effets des transmissions successives qui s'en opèrent, « particulièrement au point de vue de la responsabilité des cessionnaires intermédiaires et matière de versements ». L'*Union des Banquiers* a examiné, dans sa séance du 12 courant, la question que vous lui avez soumise. Tous ses membres ont été unanimement de l'avis suivant :

Le titre au porteur a un caractère essentiellement anonyme.

Il est d'un usage constant de considérer les cessionnaires de ces titres, qui les ont revendus, comme dégagés de toute responsabilité concernant les obligations attachées à la propriété des titres.

En dehors des souscripteurs primitifs d'actions, et de ceux auxquels ils les ont cédées, avant le versement de moitié, ce sont les porteurs seuls qui sont débiteurs des versements appelés.

Il a toujours été reconnu en Banque et en Bourse aux cessionnaires intermédiaires, dégagés qu'ils sont de toute responsabilité, aux termes mêmes de la loi, de conserver l'anonyme à l'abri duquel ils sont devenus acquéreurs, puis vendeurs des titres.

La recherche des transmissions successives des effets au porteur apporterait dans les opérations considérables auxquelles ces titres donnent lieu, opérations qui alimentent et soutiennent le crédit public, un élément de rétroactivité tout à fait imprévu qui bouleverserait d'innombrables transactions, considérées à bon droit comme définitives, et qui entraverait les opérations futures au grand préjudice de la circulation des capitaux.

L'*Union des Banquiers* m'a, en conséquence, délégué tous les pouvoirs pour acquiescer en son nom au parère que vous lui avez soumis, et j'ai l'honneur de vous informer que je me tiens à votre disposition pour revêtir de ma signature l'original de ce parère.

Veillez, etc.

Le président de l'*Union des Banquiers*,
Signé : DURRIEU ²⁰⁸.

208. *Revue des Sociétés*, 1885, p. 502-503.

La Cour de cassation vient de rendre, le 29 juin, un arrêt qui déclare les cessionnaires intermédiaires des actions au porteur, non responsables des versements complémentaires. Cet important arrêt, impatientement attendu et conforme au parère ci-dessus inséré dans l'article de doctrine, rejette les pourvois formés contre les arrêts de la Cour de Lyon [...] ²⁰⁹

Rappel

Art. 1135 C. civ. : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

Art. 1159 C. civ. : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. »

Art. 1160 C. civ. : « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. »

Art. 1315 C. civ. : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Article à rapprocher de l'art. 109 de l'ancien code de commerce qui autorise la preuve par tous moyens ²¹⁰.

Art. 1873 C. civ. : « Les dispositions du présent titre [*Des sociétés*] ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux usages du commerce ».

209. *Ibid.*, p. 503.

210. Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *op. cit.*, p. 67, à propos des articles 1135, 1159 et 1160) : « Ces articles sont conçus en termes généraux, mais on peut dire qu'en fait, ils s'appliquent plutôt aux affaires commerciales qu'aux affaires civiles ; c'est surtout par des actes répétés, extérieurs, comme ceux du commerce, qu'il se forme des usages d'une constatation facile, connus ou pouvant être connus de tous, de telle façon qu'il en soit tenu compte dans les transactions, sans qu'on ait besoin de s'en expliquer ».