



Jean-Pierre BUYLE

Avocat

Partner-Counsel

MONARD LAW joined

by BUYLE

Les usages bancaires sont-ils une source autonome de droit au regard du nouveau code civil ?

Introduction

1. La coutume et les usages ont toujours joué un rôle essentiel en droit commercial, en droit économique et en particulier en matière bancaire.

2. Dans l'Ancien droit, la coutume et l'usage occupaient une place prépondérante parmi les sources du droit. La Révolution française et les codifications napoléoniennes en ont décidé autrement. On est passé de l'état d'usage à l'état d'écrit.¹

3. Si le Code civil a abrogé les coutumes existantes, c'est uniquement en ce qui concerne les matières réglées par celui-ci² et.³

Le Code civil de 1804 laisse planer un doute quant au statut de la coutume et de l'usage. Aucun texte de portée générale du Code civil de 1804 ne précise les conditions d'existence de la coutume, son rôle ou sa portée. Ce silence était intentionnel, dans la mesure où le livre préliminaire du Code devait spécifiquement consacrer la coutume comme un supplément à la loi, mais il a été abandonné.⁴

L'ancien Code civil contenait par contre deux dispositions se référant expressément aux usages. L'article 1135 qui disposait que « *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* » et l'article 1160 qui stipulait que « *on doit suppléer dans les contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées* ».

4. La loi qui a mis en vigueur le Code de commerce n'a abrogé formellement que les anciennes lois en gardant le silence sur les anciennes coutumes.⁵ On en a déduit qu'en matière commerciale, les coutumes anciennes ne sont pas abolies, sauf si elles sont en contradiction avec le Code de commerce et les lois particulières.⁶

5. Dans la présente contribution, nous nous poserons la question de savoir si l'usage, et en particulier l'usage bancaire, constitue une source de droit autonome de droit, à la lumière des nouvelles dispositions contenues dans le nouveau Code civil, et plus précisément les articles 1.1 et 5.71.

1. L. HUGONY, V. SORIGOTTI, *Éléments historiques, les usages en droit de l'entreprise*, Paris, Lexis Nexis, 2010, p. 10.
2. « à dater du jour où les lois composant le Code civil sont exécutoires, les (...) coutumes générales ou locales (...) cesseront d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui font l'objet desdites lois » (art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1840) sur la réunion des lois civiles en un seul corps sous le titre de Code civil des français).
3. C. DELFORGE, « *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. 1135 Code civil)* », *Droit des obligations*, Limal, Anthémis, 2011/1, p. 30.
4. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome I, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 331.
5. « à dater dudit jour premier janvier 1808, toutes les anciennes lois touchant les matières sur lesquelles il est statué par ledit Code sont abrogées » (art. 2 de la loi du 15 septembre 1807 fixant l'époque à laquelle le Code du commerce sera exécutoire).
6. Dans un avis du Conseil d'État du 13 décembre 1811, les tribunaux du commerce sont invités à faire application, en cas de silence de la loi, des usages commerciaux (L. HUGONY, V. SORIGOTTI, op. cit., p. 10 citant « Minutes du Conseil d'État, n°46805 », citée par J.M. PARDESSUS, *Droit commercial*, I, p. 2).



Definitions et distinctions

6. Plusieurs notions doivent être définies : coutume, usage de droit, usage conventionnel, usage de fait, tradition.

Pour certains, la coutume est une règle de droit qui se dégage lentement et spontanément des faits et des pratiques habituellement suivies dans un milieu social donné.⁷

Pour d'autres, la coutume, dont la force obligatoire repose sur un consentement tacite du peuple, est un droit, à l'origine tout au moins, non écrit, résultant de la répétition de certaines façons d'agir dans un groupe social donné, pour autant que les actes soient publics et admis par la quasi-unanimité des membres du groupe pendant un laps de temps suffisamment long pour que l'existence de la coutume ainsi créée soit reconnue.⁸

La notion « d'usage du droit » peut être considérée comme quasiment synonyme du terme « coutume ».⁹

L'usage contractuel ou conventionnel¹⁰ ou « l'usage de fait » désigne les pratiques en général locales ou professionnelles habituellement suivies et qu'on sous-entend dans les actes juridiques, pour interpréter ou compléter la volonté des parties ou celle de l'auteur de l'acte.¹¹

Quant à la « tradition », celle-ci peut être définie comme l'ensemble des autorités antérieures à nos codifications.¹²

7. La jurisprudence de la Cour de cassation reconnaît l'usage comme source de droit. Elle donne quelques indications quant aux caractéristiques de cette notion et quant à sa force obligatoire mais elle ne donne pas d'indication sur les différenciations à opérer entre les

différentes sortes d'usage. Il convient de considérer que cette jurisprudence ne vise que l'usage du droit.¹³

Un usage ne s'incorpore à la convention, en vertu de la volonté tacite des parties, que s'il présente dans une région déterminée ou dans un milieu professionnel déterminé, un caractère général, reconnu par tous comme applicable, à défaut de stipulation contraire, aux conventions de cette nature.¹⁴

La Cour suprême a confirmé à plusieurs reprises que les usages peuvent être écartés par les parties contractantes, et ce, par une stipulation expresse ou tacite.¹⁵

L'existence d'un usage est essentiellement une question de fait. La Cour est sans pouvoir pour le contester.¹⁶

L'existence d'un usage ne peut être alléguée, pour la première fois, devant la Cour.¹⁷ En revanche, lorsqu'un usage a été invoqué devant le juge de fond ou constaté par celui-ci, la Cour a le pouvoir de contrôler si le juge ne s'est pas mépris sur la notion légale d'usage¹⁸ ou sur les effets qui résultent légalement d'un usage dont l'existence est constante.¹⁹

Un usage généralement reconnu par tous appartient aux connaissances du juge dans l'exercice de ses fonctions et ne doit, dès lors, pas être prouvé.²⁰

8. En doctrine, plusieurs distinctions ont été faites entre la coutume (ou usages de droit ou juridiques) et les usages (de fait, volontaires ou conventionnels).

Ce qui sépare les usages et la coutume, c'est la question du consentement.²¹ La coutume s'applique indépendamment de la connaissance et de l'accord des parties. Les usages requièrent leur consentement qui peut être établi par tous les moyens.²²

7. A. LEBRUN, *Encyclopédie Dalloz*, V° coutume, n°1.

8. J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, p. 231 et suivantes.

9. J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 369, n°495.

10. Dans son arrêt du 16 février 1979, la Cour de cassation fait clairement la distinction entre coutume et usage contractuel (Pas. 1979, p. 718).

11. J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Tome I, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 35, n°21,7.

12. F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit positif*, T. II, Paris, L.G.D.J., 1919, n°138 et 1 ; P. MAHILLON, « la tradition source de droit ? », *J.T.* 1970, p. 405.

13. Parfois, la Cour utilise l'expression « clause usuelle » (Cass 11 septembre 2008 *J.L.M.B.*, 2009/8, p. 340).

14. Cass. 29 mai 1947, Pas., 1947, I, p. 217 ; Cass. 17 octobre 1975, Pas., 1976, I, p. 224 ; Cass. 29 mars 1976, Pas., 1976, I, p. 833 ; Cass. 11 septembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009/8, p. 340 ; Comp. Bruxelles 27 mai 1961, Pas., 1962, II, p. 239 ; Bruxelles 6 juin 1973, *J.T.*, 1973, p. 571 ; Mons, 6 avril 1976, *J.T.*, 1976, p. 425.

15. Cass. 16 février 1979, Pas., 1979, I, p. 718 ; Cass. 11 septembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009/8, p. 340.

16. Cass. 2 décembre 1926, Pas., 1927, I, p. 95.

17. Cass. 20 juin 1957, Pas., p. 1259.

18. Cass. 29 mai 1947, Pas., 1947, I, p. 217.

19. Cass. 25 septembre 1947, Pas., 1947, I, p. 380 ; Cass. 19 février 1953, Pas., 1953, I, p. 476.

20. Cass. 11 mars 1983, Pas., I, 1983, p. 766.

21. J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2^e éd., Tome I, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 34, n°20 ; J.F. LECLERCQ, « Usages civils et commerciaux », *J.T.*, 1973, p. 157 et svtes.

22. M. PÉDAMON, Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? ; *Rev. trim. dr. com.*, 1959, p. 336.

La coutume implique une pratique constante (« l'usage immémorial ») et le sentiment de sécurité juridique, c'est-à-dire le sentiment dans le chef de ceux qui le suivent qu'ils obéissent à une règle obligatoire.

C'est la composante psychologique ou immatérielle de la coutume consistant en un « sentiment d'obligation juridique » ou de « nécessité juridique ».²³

La coutume s'impose par elle-même comme source autonome de droit. Elle ne tire pas sa force obligatoire de la volonté des parties. La preuve de la coutume ne doit pas être rapportée par les parties. Le juge doit la connaître aussi bien que la loi elle-même.

Par contre, les usages conventionnels ou de fait tirent leur force obligatoire de la volonté des parties. Ils ne lient les parties que parce qu'elles s'y sont référées dans leur convention.

En vertu des articles 1135 et 1160 de l'ancien Code civil, les conventions doivent comprendre non seulement les clauses que les parties y ont insérées, mais encore les suites que les usages imposent.

Par opposition aux règles coutumières, les usages conventionnels doivent être prouvés si leur existence est controversée.

Dans les deux cas, cependant, les parties peuvent écarter la coutume ou l'usage, fût-ce implicitement.²⁴

L'article 1135 de l'ancien Code civil ne vise que les usages de droit : il s'agit d'une « règle de droit non écrite, trouvant en elle-même sa force obligatoire et s'imposant dès lors comme telle, de plano, aux parties ».²⁵ Les usages de fait quant à eux n'entrent dans le champ d'application de la convention que par l'intermédiaire de l'article 1134 de l'ancien Code civil, à savoir par la volonté des parties.²⁶

Certains auteurs ont mis en évidence l'absence de critère déterminant permettant de distinguer les usages de fait de la coutume et en ont déduit qu'usages et coutume se confondaient.²⁷ Tous les usages sont, selon eux, visés par

les articles 1135 et 1160 de l'ancien Code civil, lesquels présument « que les parties ont voulu les intégrer dans leurs conventions à défaut d'avoir exprimé une volonté en sens contraire ».²⁸

Si les usages et la coutume devaient se confondre, cela ne répondrait pas à la question probatoire sous-jacente. La règle veut que la coutume ne doit pas être prouvée alors que les usages doivent l'être.

Cela veut dire que pour savoir si un justiciable doit apporter la preuve de la pratique constante et reconnue par tous, il doit d'abord déterminer s'il s'agit d'une coutume ou d'un usage. Mais le seul critère fiable pour déterminer s'il y a coutume ou des usages serait l'obligation ou non de respecter la preuve de la pratique alléguée.

En réalité, le critère déterminant de passage de l'usage de fait à la coutume est l'élargissement progressif de la notoriété et de l'autorité de la norme considérée. L'usage de fait correspond à une pratique ou une habitude qui n'a rien d'obligatoire ou de liant pour les parties contractantes. Cet usage ne le devient que si les parties ont décidé, expressément ou tacitement, de l'intégrer dans leur champ contractuel.

L'usage de fait tire sa force obligatoire de l'article 1134 de l'ancien Code civil.

Ceci signifie que la différence entre les usages de droit et les usages de fait réside dans la preuve négative ou positive du consentement : pour les usages de droit, la question du consentement ne se pose pas, mais seulement celle d'une volonté contraire tendant à les écarter alors que pour les usages de fait, la preuve que les parties y ont adhéré doit être apportée.

Les usages conventionnels sont ceux visés aux articles 1135 et 1160 de l'ancien Code civil rendus applicables par l'effet de la volonté présumée des parties, alors que les usages de fait sont ceux applicables en vertu de l'article 1134 de l'ancien Code civil (principes de la convention-loi et de l'autonomie de la volonté).

23. F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit positif*, Paris, L.G.D.J., 1919, p. 356 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, Volume I, 3^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 414.
24. P.A. FORIERS, « Chronique de jurisprudence, Contrats commerciaux », *R.D.C.*, 1983 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence, 1974 – 1982, les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 180, n° 80 ; M. GODEFROID, « l'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les coutumes et usages en droit privé », *R.G.D.C.*, 1980, p. 24, n° 11.
25. Y. HANNEQUART, « La portée du contrat », *Les Nouvelles, Droit civil*, T. IV, vol II, Bruxelles, 1958, p. 64.
26. Y. HANNEQUART, *op. cit.*, p. 64.
27. P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence 1974 – 1982, les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 180, n° 80 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 631 ; P.A. FORIERS, « Chronique de jurisprudence, contrats commerciaux », *R.D.C.*, 1983, p. 124.
28. C. DELFORGE, *op. cit.* p. 57 ; P.A. FORIERS, *op. cit.* ; p. 127.



Incidence du nouveau code civil

9. Deux dispositions concernent expressément la matière des usages.

L'article 1.1 dispose que « *sans préjudice des lois particulières, de la coutume et des principes généraux du droit, le présent Code régit le droit civil, et plus largement le droit privé. Il s'applique en toutes matières, sous réserve des règles propres à l'exercice de la puissance publique. Les usages ne sont une source de droit que si la loi ou le contrat s'y réfère* ».

L'article 5.71 énonce que « *le contrat oblige non seulement à ce qui y est convenu, mais encore à toutes les suites que la loi, la bonne foi ou les usages lui donnent d'après sa nature et sa portée (...)* ».

On constate d'abord que si l'article 1160 de l'ancien Code civil n'a pas été repris dans le nouveau Code civil, c'est « *en raison du fait qu'il ne constituait qu'une application de l'article 1135* ». ²⁹

Ensuite, on observe que le libellé de l'article 1.1 du nouveau Code civil fait la distinction entre la coutume et les usages. Dans les travaux préparatoires, il est précisé « *qu'une règle coutumière est une règle qui découle d'un usage continu généralement perçu comme contraignant* » ³⁰ et qu'il existe une distinction entre la coutume en tant que source autonome de droit et les cas où la loi ³¹ ou les parties contractantes se réfèrent à des usages de fait. ³²

La coutume est une source formelle de droit alors que les usages ne sont une source de droit que lorsque la loi ou les parties s'y réfèrent dans leur contrat. ³³

On peut donc considérer que le nouveau Code civil reprend l'ancienne distinction de la coutume (ou usage de droit) liante comme source autonome de droit, obligatoire pour les parties, et des usages de fait (ou conventionnels)

qui n'obligent les parties que moyennant stipulation en ce sens dans la convention ou dans une loi.

La notion d'usages visée à l'article 1.1 du nouveau Code civil doit s'entendre comme étant les usages de fait, conventionnels ou les pratiques.

Par contre, la notion d'usages reprise à l'article 5.71 du nouveau Code civil doit s'entendre comme étant les usages de droit.

Cet article reprend en effet quasi à l'identique le texte de l'article 1135 de l'ancien Code civil. Si on veut rendre compatible et cohérente la lecture des articles 1.1 et 5.71 du nouveau Code civil, il y a lieu de considérer que seuls les usages de fait sont visés par l'article 1.1 et seuls les usages conventionnels sont visés par l'article 5.71.

Le usages bancaires

10. Il y a quelques années, nous avons publié une étude avec Mme Anne Willems sur les usages bancaires. Nous y avons avancé quelques idées développées dans la présente contribution, que ce soit sur les notions de coutume ou d'usages ou sur les questions probatoires. Nous avons aussi répertorié une série non-exhaustive d'usages, de non-usages et de pratiques généralement consacrées en jurisprudence et en doctrine.

À titre explicatif, nous relevons ici quelques pratiques qui peuvent être ou non qualifiées d'usages bancaires.

En matière de compte, aux termes d'un usage bancaire constant, les intérêts produits en compte sont calculés selon la méthode de 360 jours (l'année lombarde) et non pas 365. ³⁴ Si le système de la date valeur était de pratique et d'usage anciens pour les comptes à vue ouverts dans les établissements de crédit, il a aujourd'hui été réglementé (CDE art VII.53 et svts). ³⁵

29. S. BENZIDI, C. LEGRAND, « L'interprétation, la qualification et les effets entre parties du contrat », *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 194, note de bas de page 77.

30. Cass. 16 février 1979, Pas., 1979, I, p. 718 ; A. VAN OEVELEN, « Het onderscheid tussen een gebruik en een gebruikelijk beding in het contractrecht », note sous Cass. 9 décembre 1999, R. W., 2001-2002, p. 990.

31. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Bruxelles, Bruylant, 1962, 17-21, n°9 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, Anvers, Standaard, 1969, 44, 13.

32. Exposé des motifs, proposition de loi portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, commentaires des articles, Doc. Parl., Ch. 2020-2021, n°1805/001, p. 6.

33. Exposé des motifs, proposition de loi portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, commentaires des articles, Doc. Parl., Ch. 2020-2021, n°1805/001, p. 7.

34. L. SIMONT, A. BRUYNEEL, « Chronique de droit bancaire privé, les opérations en banque (1979-1986) », *rev. banque*, 6/1987, p. 32, 8d ; Cass 11 septembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 240 Mons 17 juin 2014, *D.B.F.* 2015/I-II, p. 146 ; *Contra* en France, Cass 19 juin 2013, D., 2013, p. 2084 nuancé par Cass. 4 juillet 2019, D., Actualité, 29 juillet 2019 ; et Cass. 5 février 2020, n°19-11.939 ; Cass. 11 mars 2020, *Banque § droit*, 2020, n°192, p. 22, *rev. droit bancaire et financier*, 2020, n°4, p. 34.

L'usage qui voulait que celui qui a un compte chez un banquier pouvait exiger la remise de l'extrait de compte³⁵ a été remplacé par une obligation d'information dans les chefs du banquier (CDE art VII.19 et svts).

En matière de tenue de comptes bancaires, l'usage veut que le silence conservé par le titulaire du compte-même s'il n'est pas commerçant, au-delà d'un délai raisonnable permette de présumer qu'il a approuvé les opérations constatées par les extraits et relevés de compte qui lui ont été adressés.³⁶

L'usage au terme duquel une banque qui dispose de fonds confiés par un client en rémunère l'utilisation³⁷ doit être relativisé par la problématique des taux d'intérêts négatifs.

La non-application aux comptes courants des conditions restrictives auxquelles l'article 1154 de l'ancien Code civil soumet l'anatocisme ne résulte pas d'un usage mais de la technique du compte.³⁸

L'obligation de discrétion du banquier découle d'un usage, même si celle-ci a été partiellement consacrée par notre arsenal législatif.³⁹

En matière de crédit, l'obligation de contrôle et de surveillance de la situation du crédité par l'établissement de crédit résulte d'un usage.⁴⁰

Enfin, les règles et usages en matière de crédit documentaire ont la valeur d'un véritable usage commercial qui s'impose non seulement dans les rapports entre banques mais également à tous les commerçants qui recourent habituellement au crédit documentaire.⁴¹

Elles s'appliquent même en l'absence de toute référence expresse dès lors qu'elles n'ont point été écartées sur un point donné par la convention des parties.⁴²

Conclusion

11. En conclusion, le nouveau Code civil n'a pas modifié les règles en matière de coutume et d'usages.

Seule la coutume à laquelle on assimile habituellement l'usage de droit est une source autonome de droit. Cela explique que la notion d'usage visée à l'article 5.71 du nouveau Code civil vise l'usage de droit. La preuve de cet usage ne doit pas être rapportée.

Par contre, l'usage de fait ou l'usage conventionnel n'est une source de droit que si la loi ou le contrat s'y réfère. Celui qui l'invoque doit en rapporter la preuve. Cela explique que la notion d'usage visée à l'article 1.1 du nouveau Code civil vise l'usage de fait ou conventionnel.

35. Bruxelles 6 juillet 1928, *B.J.* 1929, 108.

36. Bruxelles 4 septembre 2015, *D.A.O.R.*, 2016/2, n°118, p. 90 et 91 ; Cons. cependant CDE art VII.41.

37. Comm. Liège 23 décembre 2004, *R.D.C.* 2006/1, p. 69.

38. A. WILLEMS, J.P. BUYLE, « Les usages bancaires », *D.A.O.R.*, 1990/17, p. 86.

39. A. WILLEMS, J.P. BUYLE, « Les usages bancaires », *D.A.O.R.*, 1990/17, p. 89.

40. Comm. Bruxelles 3 mars 1976, *J.T.*, 1977, p. 60 confirmé par Bruxelles 14 septembre 1979, *J.T.*, 1980, p. 132. On pourrait sans doute affirmer que ce devoir est compris dans le devoir de rigueur imposé au prêteur et à l'intermédiaire par l'article 4 de la loi du 21 décembre 2013 relative à diverses dispositions concernant le financement des PME.

41. Comm. Bruxelles 16 novembre 1978, *rev. Banque*, 2/1980, p. 249 ; Cass. F 13 octobre 1981, *D.S.*, 1982, p. 301 et Cass. F 5 novembre 1991, *D.S.*, 1992, p. 304.

42. Trib. Paris 8 mars 1976, *Rev. Jur. Comm.*, 1977, p. 72 ; Comm. Paris 11 mai 1988, *journal droit internat*, 1988, 1026, *contra* Comm. Bruxelles 23 décembre 1982, citée par J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes du droit commercial*, Tome IV, 2^e édition, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 471, n°606.