

Le droit pénal face aux codes de bonne conduite

V. Wester-Ouisse

Maître de conférences, Faculté de droit de Brest
Université Européenne de Bretagne

Article publié à la Revue de science criminelle 2000, p. 351

Par crainte d'un opprobre collectif ou d'une fatale maladresse, les milieux professionnels en tout genre se dotent de Codes de déontologie qui recourent en partie les incriminations susceptibles de leur être reprochées. On observe alors une contractualisation du droit pénal puisque c'est par conventions que les professionnels s'engagent à respecter les lois répressives. Si ces codes peuvent prétendre à une valeur intrinsèque lorsqu'ils se dotent de moyens de rétorsion, il semble a priori qu'ils ne puissent en aucun cas intéresser le juge pénal : le principe de légalité criminelle interdit aux juridictions de considérer des éléments qui ne seraient pas préalablement prévus par la loi.

Pourtant, les juridictions pénales pourraient tenir compte de ces codes de bonne conduite. Certains peuvent être rapprochés des usages qui, contre toute attente, ont déjà pu être utilisés par la jurisprudence pour caractériser des infractions.

1. Depuis quelques décennies, il est fréquent que des groupes de personnes d'un même secteur d'activité s'imposent des règles de conduite, dans des conventions qu'ils rédigent, faisant l'objet d'adhésions, et dont le respect dépend de la bonne volonté de chacun. Ces chartes sont élaborées en France comme au niveau européen et international ; certains domaines, sans doute plus sensibles, sont même organisés aux trois niveaux géographiques¹. Contrairement à certains Codes à dimension nationale, les Codes internationaux ne reposent pas sur le principe de l'adhésion volontaire et individuelle de personnes ou d'entreprises. Ils sont destinés à l'ensemble des professionnels concernés qui sont censés tenir compte volontairement de ces consignes. Si certains Codes ou chartes visent l'ensemble d'une profession, d'autres ne s'appliquent qu'à l'échelle d'une entreprise², ou ne concernent que les entreprises signataires de la convention ou affiliées à une organisation professionnelle. Ces chartes, en expansion si soudaine et si massive, dénotent les rapports complexes et ambigus liant le monde des affaires et la loi pénale (I) ; elles pourraient, à terme, être prises en compte dans la jurisprudence pénale (II).

I – Codes de bonne conduite et loi pénale.

¹ Ainsi, le syndicat français des entreprises de vente par correspondance dont on croise le sigle sur la plupart de nos catalogues, a élaboré dès 1957 un « Code professionnel de vente par correspondance » (Lamy Droit économique, formulaires, n° IV-10), mais signa aussi en 1992, avec d'autres syndicats, une « convention européenne de la vente par correspondance et à distance transfrontalière » (Lamy Droit économique, formulaires, n° IV-77). Il existe en outre un « Code international de pratiques loyales en matière de vente par correspondance et par publicité directe », proposé par la Chambre de Commerce Internationale (Lamy Droit économique, formulaires, n° IV-80).

² Par exemple, la société IBM a élaboré un document intitulé Règles de conduite dans les affaires en 1984.

2. L'ambiguïté apparaît dans le hiatus existant entre l'objectif des milieux d'affaires qui, lorsqu'ils élaborent leurs chartes, cherchent à créer un substitut à la loi pénale (A), et le résultat réel de leur démarche qui est le renforcement de cette loi (B).

A – L'objectif : évitement des sanctions pénales.

3. Les professionnels qui se fixent ainsi des règles de bonne conduite peuvent manifester leur désir de rassurer leurs cocontractants, mais aussi leur mépris pour une réglementation « tatillonne », « bureaucratique », « venant d'en haut » et ignorante de leurs situations³. Ces codes peuvent en effet laisser perplexe : ils semblent exprimer l'insuffisance de la loi, code dont se dote l'ensemble des citoyens grâce à des représentants élus. Les membres adhérant à ces chartes paraissent, par leur démarche, n'accorder qu'un faible crédit à la loi qui ne serait pas à même de régler leurs problèmes trop techniques. Ces associations préfèrent se dicter leurs propres règles, les textes officiels n'étant pas adaptés aux situations toujours nouvelles, ne comprenant pas les intérêts en jeu, ou les sanctions étant perçues comme inadéquates ou iniques. Doit-on y voir une résurgence du corporatisme ? Certes, bien des auteurs admettent l'existence d'ordres juridiques non étatiques⁴. Cependant, concevoir des règles aux sanctions très aléatoires quant à leur force, leur prononcé ou leur efficacité, laisse présager d'un système au mieux laxiste⁵, au pire arbitraire⁶. Il est frappant de constater que de nombreux appels à la réglementation privée des comportements arrivent en conclusion de diatribes en règle contre le droit pénal des affaires qui briserait les ressorts du dynamisme économique, de la confiance du marché et de la compétitivité des entreprises⁷. Ce « *déferlement du droit pénal* » est un « *instrument manié de l'extérieur par le juge* », qui ne peut « *équivaloir à une régulation interne des rapports dans l'entreprise* » ; « *Il y a toujours danger à réguler de l'extérieur, violemment et par à-coups, ce qui défaille de l'intérieur* »⁸. On se prend alors à rêver d'un monde où « *les entreprises, à leur niveau, (prendraient) soin des règles d'organisation, pour ensuite faire l'objet d'une observation extérieure par un juge ou par telle autre autorité qui viendrait connaître d'opérations qu'elles ont réalisé ... Au lieu de fixer des règles extérieures, le législateur (ferait) obligation aux entreprises de mettre en place des règles de déontologie à intégrer dans leurs règlements intérieurs* »⁹.

En réalité, ces codes de bonne conduite ne permettent en aucun cas d'échapper au droit pénal : la juridiction pénale pourrait même tenir compte de ces codes pour renforcer la répression. En réalité, la plupart de ces codes rappellent à leurs membres la nécessité de se conformer aux lois et règlements en vigueur. Plus que de normes privées, il s'agit de rappels du droit positif et d'appels à la création de règles de droit supplémentaires¹⁰. De

³ Dans ce sens, **G. Farjat**, *Réflexions sur les codes de conduite privés*, in Etudes B. Goldman, Litec 1982, p. 51 qui cite à titre d'exemple le code de déontologie des journalistes qui « *préfèrent que leurs obligations soient édictées par la profession plutôt que par les pouvoirs publics, en raison des nombreux points de friction existant entre leur activité et les pouvoirs* ».

⁴ Voir **Santi Romano**, *L'ordre juridique*, Dalloz 1975 et les nombreux auteurs cités par **F. Osman**, *Réflexion sur la dégradation des sources privées du droit*, RTD civ. 1995, p. 509, note 8.

⁵ Les Codes de déontologie ne peuvent qu'être un appoint des règles impératives, qui aident à une prise de conscience des intérêts supérieurs. **P. Bezard**, *L'objet de la pénalisation de la vie économique*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Colloque Dalloz 1997, p. 11, spéc. p. 13.

⁶ Sur ces risques d'arbitraire des codes de bonne conduite et de l'éthique professionnelle, **A. Garapon**, **D. Salas**, *La République pénalisée*, Hachette, Questions de société, 1996, p. 106.

⁷ Voir **V. Wester-Ouisse**, *Convention et juridiction pénale*, thèse 1999, n° 15.

⁸ **B. Vatier**, *La pénalisation nuit-elle à la démocratie ?*, Petites affiches 1997, n° 12, p. 4. Dans le même sens, **D. Schmidt**, *Le partage entre régulation interne et régulation externe des sociétés*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Colloque Dalloz 1997, p. 33

⁹ **J.-F. Verny**, *La pénalisation nuit-elle à la démocratie ?*, Petites affiches 1997, n° 12, p. 16, spéc. p. 18. Dans le même sens, **A. Roger**, *Ethique des affaires et droit pénal*, Mélanges Liguier, PUG 1993, p. 261, spéc. p. 266. Sur ces ambitions d'autorégulation, **P. Kolb**, *Recherches sur l'ineffectivité des sanctions pénales en droit des affaires*, Thèse Poitiers 1993, p. 85 et s.

¹⁰ Par exemple, le code international en matière de marketing direct n'a de cesse de rappeler tout au long de ses développements l'existence et le contenu de la loi informatique et liberté du 6 janvier 1978. La Chambre de Commerce Internationale, dans chacun de ses codes, précise que ses dispositions ne préjugent pas des dispositions légales. Le code

nombreuses règles de bonne conduite correspondent à des exigences légales pénalement sanctionnées qui sont ainsi reformulées, voire complétées et concernent la protection des personnes (respect de leur liberté, de leur dignité,...) comme celle des biens. Le droit pénal des contrats (droit de la consommation, de la concurrence) trouve un écho tout particulier dans ces chartes¹¹. Dès lors, la raison essentielle de l'élaboration de ces chartes semble la crainte des sanctions pénales qui sont ainsi prévenues. Ceci transparaît dans les textes eux-mêmes, concernant souvent des pratiques contractuelles dangereuses, encadrées par des lois pénales.

B – Le résultat : renfort du droit pénal.

4. Il est possible de constater chez certains professionnels un impérieux besoin de justifier l'emploi de certaines pratiques commerciales. Ainsi, les codes de bonne conduite consacrés à la vente à domicile ou par correspondance s'évertuent à énumérer tous les avantages que comportent ces contrats pour les consommateurs. Le code international sur la vente par correspondance affirme que « *dans un monde où la population ne cesse de croître et l'urbanisation de se développer, la vente par correspondance et par publicité directe répond à un besoin de la société car elle diminue de manière effective la distance entre le consommateur et le point de vente* ». Le texte ajoute que cette technique de vente présente l'avantage d'octroyer « *un droit inconditionnel d'examen gratuit* », ce qui ne paraît pourtant pas exceptionnel au regard des autres modes de vente, à l'époque des libres-services. Citons enfin le code international sur la vente à domicile qui invoque la plus grande « *liberté de choix des consommateurs* » pour défendre l'existence de cette technique de distribution. Il est permis de se demander quel est l'objectif de ces justifications : il ne s'agit pas de convaincre les consommateurs du bien fondé de ces méthodes puisque ces codes sont destinés à être diffusés auprès des professionnels. S'agirait-il de se rassurer ? Cette gêne qui transparaît dans les codes de bonne conduite traduit le caractère sensible de ces contrats puisque de nombreux abus pénalement sanctionnés sont susceptibles d'être commis.

En réalité, l'auto-justification et le rappel des règles de loyauté sont révélateurs des dangers de dérives abusives des pratiques ainsi organisées et les codes tentent de discipliner leurs adhérents afin que le joug de la loi pénale ne s'abatte pas sur l'un d'entre eux, décrédibilisant l'ensemble de la profession. Ce souci de crédibilité transparaît explicitement dans le code français de vente par correspondance qui autorise toute personne à saisir un comité de surveillance si elle constate qu'un « *litige porte atteinte à la crédibilité de la profession* ». Ces règles de déontologie reformulent, rappellent ou complètent la loi pénale essentiellement dans le but de rassurer leur clientèle et de préserver l'image de marque de la profession¹². Ce droit d'ordre coutumier est une réponse à « *l'impuissance des lois* » qui demeurent « *ineffectives* »¹³.

Il arrive même que certains codes de déontologie soient élaborés dans la tourmente¹⁴ : IBM élabora un code de bonne conduite alors que des poursuites contre la firme étaient engagées par l'administration américaine et communautaire pour atteinte au droit de la concurrence¹⁵. M. Osman évoque également la mise en place, en septembre 1994, d'un comité déontologique par la Lyonnaise des eaux plusieurs fois mise en cause dans des affaires de corruption. M. Farjat évoque certaines campagnes de presse au sujet des assurances vies, des obsèques sur le modèle américain, ou sur le veau aux hormones qui sont directement à l'origine de codes rédigés par ces professionnels¹⁶. La charte des organisations sociales et humanitaires procède de cette même démarche.

français sur la vente par correspondance demande à ses adhérents de « *veiller à respecter les dispositions légales* » ; il en reformule ou complète certaines. Le code européen de vente par correspondance précise dans son article 4 que « *le vendeur veillera à respecter les lois et règlements officiels relatifs à la protection des consommateurs du pays dans lequel l'offre est faite* ». Le code européen de la franchise rappelle dans son article 5-1 que ce contrat doit être « *en conformité avec le droit national, le droit communautaire et le Code de déontologie* ».

¹¹ Pour une description substantielle de ces recoupements, voir **V. Wester-Ouisse**, thèse préc., n° 143 et s.

¹² Dans ce sens, **G. Farjat**, préc., p. 52.

¹³ **J. Carbonnier**, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, Flexible droit*, LGDJ, 9^e éd. 1998, p. 124.

¹⁴ **F. Osman**, préc., p. 515.

¹⁵ Voir *supra*, n° 18.

¹⁶ **G. Farjat**, préc., p. 52.

5. Cependant, quelle est l'efficacité de ces codes ? Les sanctions prévues par les chartes elles-mêmes sont modestes : il s'agit d'autodiscipline. Chacun gère sa conduite en suivant les règles préconisées au gré de sa bonne volonté et de son sens des responsabilités. La seule sanction de ces conventions semble être l'autocensure¹⁷. De nombreux codes préconisent toutefois l'instauration d'un organe auto-contrôle. Certains codes prévoient des sanctions de nature à entamer le prestige de l'entreprise épinglée, ce qui est susceptible de porter ses fruits puisque les entreprises adhérentes à ces conventions recherchent essentiellement la crédibilité. Ainsi, outre des avertissements et des blâmes, le syndicat français des entreprises de vente par correspondance a prévu la création d'un logo, que l'on peut observer effectivement sur la plupart de nos catalogues. Un document du « *Groupe de personnalités de l'ONU* » résume la situation de la façon suivante : « *Bien que de telles recommandations n'aient pas de caractère obligatoire, elles jouent le rôle d'un instrument de persuasion morale, renforcées qu'elles sont par l'autorité des organisations internationales et par la force de l'opinion publique* »¹⁸. Cependant, si ces sanctions internes peuvent dissuader les petites incartades, elles ne semblent guère de nature à prévenir les méfaits majeurs qui supposent une réelle intention de nuire. Si les juridictions refusent de confirmer ou d'infirmer des sanctions disciplinaires, peut-on cependant envisager qu'elles tiennent compte du contenu de ces conventions d'autodiscipline ?

II – Code de bonne conduite et jurisprudence pénale.

6. Lorsque les comportements épinglés par les codes correspondent en tout point à des incriminations, les dispositions des codes peuvent trouver une application indirecte, cela va sans dire. Mais ces conventions n'ont pas toujours exactement les mêmes préoccupations que les lois pénales, et parfois, ajoutent des exigences que ces lois n'ont pas envisagées. Des infractions pénales peuvent-elles être incriminées dans des conventions privées ? La réponse apparaît d'emblée négative. En vertu du principe de légalité criminelle, seul un texte de loi est en mesure d'incriminer et d'attacher une sanction pénale à un comportement. L'inexécution d'une convention, ne peut, à elle seule, justifier cette sanction. Classiquement, le juge civil lui-même rejette l'applicabilité directe des codes de conduite, quoiqu'ils fussent officialisés par un décret¹⁹. Ainsi, une exigence posée par le Code de déontologie médicale ne peut être sanctionnée que de façon disciplinaire et ne peut fonder l'annulation du contrat qui y contrevient, ce qui fut rappelé par la chambre sociale dès 1960²⁰. De même, le code des devoirs professionnels des

¹⁷ Ainsi, la plupart des codes élaborés par la **Chambre de commerce internationale** précisent en préambule qu'ils sont « *essentiellement conçu comme un instrument d'autodiscipline* ». Cette formule se retrouve dans le code international de pratiques loyales en matière de promotion des ventes, en matière de publicité, en matière de vente par correspondance et par publicité directe, ou en matière de vente à domicile. **Le code international concernant la vente par correspondance** précise que ces règles sont établies afin de « *promouvoir des règles de moralité commerciales élevées* » et témoignent « *du sentiment de responsabilité des milieux d'affaire* ». Ce sens de la responsabilité est évoqué par deux fois dans le préambule du **code international consacré à la vente à domicile** et l'article 27 indique que « *la responsabilité principale de l'application du code vis à vis des démarcheurs à domicile incombe au vendeur à domicile* ».

¹⁸ Doc. ONU E /5500, p. 62, cité par **G. Farjat**, préc., p. 48.

¹⁹ **F. Osman**, préc., p. 519.

²⁰ Cass. soc. 24 mai 1960, Bull. civ. IV, n° 562, JCP 1961, II, 12044, note **J. Savatier**. « *En l'absence de toute autre cause, la seule inobservation de la formalité de communication du projet de contrat à l'Ordre des médecins, prescrite par l'article 49 du décret du 28 novembre 1955 pour les contrats relatifs à l'exercice habituel de la médecine au service d'une collectivité ou d'une institution de droit privé, n'entraîne pas la nullité de ce contrat, cette sanction n'étant prévue par aucun texte et l'article 1^{er} du décret susvisé disposant seulement que les infractions à ses dispositions relèvent de la juridiction disciplinaire de l'ordre des médecins* ». De même, Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 1987, Pourvoi n° 86-12.901, au sujet de l'article 77 du Code de déontologie médicale.

Le décret du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale ne semble pas de nature à modifier cette jurisprudence puisque l'article 1^{er} précise que « *Les infractions à ces dispositions relèvent de la juridiction disciplinaire de l'ordre* ».

architectes, édicté par décret après avis du Conseil d'Etat²¹, ne pose que des « *exigences sur le plan déontologique* » qui n'ont « *aucune incidence sur le plan civil* »²². Pourtant, cette solution est critiquée²³ et est en voie d'être abandonnée²⁴, car il conviendrait de distinguer, comme le fait le Conseil d'Etat²⁵, entre les conventions de bonne conduite de nature purement privée et celles qui ont bénéficié d'une reconnaissance par décret, les intégrant ainsi au droit positif. En effet, le Conseil d'Etat tient compte des codes de déontologie, émanant d'Ordres privés investis d'une mission de service public et officialisés par décret. De même, les conventions collectives en droit du travail sont admises comme créatrice de droit grâce à l'article L. 153-1 du Code du travail. Ce texte souligne que certaines dispositions législatives autorisent les conventions ou accord collectifs à déroger à leur contenu²⁶. Si ces conventions ou accords sont inexécutés, les sanctions prévues dans ces dispositions législatives sont encourues ; il faut y inclure d'éventuelles sanctions pénales.

7. *A priori*, contrevenir aux dispositions établies par un code de bonne conduite non dotée d'une valeur légale particulière n'a aucune conséquence sur les institutions du droit positif et ne doit pas être pris en considération par les juridictions²⁷. Pourtant, il serait possible d'envisager une certaine influence de ces conventions d'autodiscipline devant le juge civil. Elles peuvent, en premier lieu, être rattachées aux **engagements d'honneur**²⁸. Cependant, outre que ces derniers ne sont pas toujours susceptibles de sanction par le juge, ils ont généralement pour objectif de permettre aux protagonistes d'échapper au droit étatique ; or, les diverses conventions de bonne conduite rappellent les législations existantes ou les complètent. La notion d'engagement d'honneur étant fort vaste et ayant des conséquences variables, elle ne peut être rejetée. Par ailleurs, l'article 1135 du Code civil autorise le juge à imposer aux parties contractantes les suites données par l'équité, l'usage et la loi à leurs obligations ; on pourrait penser à rapprocher ces conventions de la notion d'**usage conventionnel** puisque ces codes de bonne conduite reflètent des règles de comportement communément admises. Cette qualification n'est pas incompatible avec celle d'engagement d'honneur - on peut s'engager sur l'honneur à respecter telle règle de conduite - et elle a l'avantage d'une efficacité plus certaine. Ces conventions d'autodiscipline n'ont pas toujours fait l'objet d'un accord de volonté de la part de tous les professionnels : si le code français de la vente par correspondance ou la « *charte de déontologie des organisations sociales et humanitaires faisant appel à la générosité du public* » font l'objet d'une adhésion volontaire, ce n'est pas le cas des codes établis par la Chambre de commerce internationale ou du code des usages de la charcuterie. Ces conventions n'ont pas toutes un statut contractuel à proprement parler. Mais cela n'empêcherait pas de leur donner le statut d'usage à respecter dans le cadre d'un contrat.

Cependant, même en admettant que le juge civil tienne compte, à certaines conditions, de ces règles conventionnelles ayant valeur d'usage, il paraît inenvisageable que la juridiction pénale se voit dicter sa décision par des usages. Pourtant, aussi étonnant que cela puisse paraître, la chambre criminelle a admis à plusieurs reprises que la qualification de faits en infraction puisse se faire en référence à des usages et tout particulièrement des usages commerciaux (A). Peut-on rattacher les conventions d'autodiscipline à cette notion d'usage (B) ?

²¹ Décret n° 80-217 du 20 mars 1980, portant code des devoirs professionnels des architectes, abrogeant le décret du 24 septembre 1941, modifié. Voir **G. Liet-Veaux**, Ordres professionnels, Juris-classeurs de droit administratif, Fasc. n° 145, n° 1 à 91.

²² C.A. Paris, 28 juin 1985, D 1987, p. 16, note **A. Gourio**.

²³ **F. Osman**, préc., p. 520.

²⁴ Cass. 1^{re} civ., 18 mars 1997, JCP 1997, II, 22829 accepte que le Code de déontologie médicale soit invoqué par le demandeur d'une action en dommages et intérêts dirigée contre un médecin.

²⁵ CE 2 avril 1943, JCP 44, II, 2565, note **C. Cellier** ; S. 1944, concl. **Lagrangé** et note **Mestre**. Voir **G. Liet-Veaux**, préc., n° 4 : le Conseil d'Etat n'accepte cependant de prendre en compte les codes privés que si ceux-ci remplissent trois conditions : l'ordre privé doit être investi d'une mission de service public, doté de prérogatives de puissance publique et l'acte litigieux doit procéder de l'usage même de ces prérogatives.

²⁶ **G. Lyon-Caen, J. Péliissier, A. Supiot**, *Droit du travail*, Dalloz, Précis 1998, n° 833 et 834. **V. Wester-Ouisse**, *Droit pénal du travail, infraction contre la collectivité des salariés, Entraves, droit pénal conventionnel*, Juris-classeur lois pénales annexes, fasc. 40, n° 75 et s.

²⁷ **F. Osman**, préc., p. 518.

²⁸ **B. Oppetit**, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, chron. p. 107, spéc. p. 111, n° 9.

A - Quelques références aux usages par le juge pénal.

8. La loi pénale a récemment invité le juge pénal à s'interroger sur le contenu de coutumes locales puisque l'article 521-1 du Code pénal dispose que ne seront pas poursuivis pour cruauté envers les animaux ceux qui organisent des courses de taureaux ou des combats de coq si une « *tradition locale ininterrompue peut être invoquée* ». Le juge se réfère aux usages sans autorisation légale précise. Cette référence s'avéra fort utile en matière d'infraction de tromperie. Dès 1967, la chambre criminelle approuva la condamnation d'un boulanger pour fraude et falsification sur le fondement de la loi du 1^{er} août 1905, car il avait vendu sous la dénomination de « *Quatre-quarts, spécialité bretonne* » un gâteau fait à partir de margarine et non de beurre²⁹. Les juges du fond, souverains pour l'appréciation de l'existence d'un usage, ont considéré qu'un quatre-quarts, selon la recette bretonne traditionnelle, était composé en partie égale de farine, d'œuf, de sucre et de beurre. C'est une recette traditionnelle bretonne et non la seule loi pénale qui a justifié une condamnation devant la juridiction pénale. Un arrêt de 1971 renouvela la référence aux usages³⁰, sans que ceux-ci soient nécessaires au sens de la décision : la Cour de cassation, une fois encore, n'a pas montré une hostilité de principe à cet outil de qualification des tromperies³¹. C'est un pot de miel, intitulé « *Miel Gâtinais et mille fleurs* », qui, plus récemment, en 1985, donna lieu à un arrêt tenant compte des usages commerciaux³². Les juges du fond ont considéré que selon ces usages, cette appellation s'appliquait à des miels récoltés sur le territoire français, ce qui était le cas des miels en cause. Selon le pourvoi, le miel « *Gâtinais* » était une appellation régionale, l'usage étant alors mal interprété. C'est encore par référence à un usage commercial qu'une tromperie sur la quantité de marchandise fut admise par la chambre criminelle le 17 mai 1989³³, ou le 7 février 1994³⁴. Les usages religieux ont aussi droit de cité devant la chambre criminelle³⁵.

L'infraction de tromperie n'est pas la seule à pouvoir être caractérisée en fonction d'usages. Par exemple, un arrêt de la chambre criminelle du 26 octobre 1992³⁶ admet la condamnation pour faux en écriture privée et usage de faux alors que cette infraction avait été en partie caractérisée en référence à des usages commerciaux. En effet, la cour d'appel relève qu'un certificat avait été signé par une personne qui, selon les usages commerciaux, n'aurait pas dû le faire. De même, une fraude fiscale fut ainsi caractérisée³⁷. Signalons enfin que la référence aux usages permet non seulement de caractériser les infractions, mais aussi parfois d'en écarter la qualification, comme ce fut le cas en 1992, pour des faits poursuivis d'usage illicite de marque³⁸.

Ces décisions peuvent surprendre car elles vont, à l'évidence, contre le principe de légalité criminelle qui impose que toute infraction et toute sanction soient précisément décrites et prévues par la loi. Le pourvoi formé par le boulanger mis en cause en 1967 arguait bien de cet élément : la défense relevait que l'appellation « *spécialité bretonne* », par son imprécision, était insusceptible d'entraîner la mise en œuvre d'une sanction pénale, tout comme la notion d'usage. Pourtant cette objection n'a suscité aucun commentaire.

Les arrêts qui font ainsi référence aux usages précisent clairement que ce recours n'est envisageable qu'en l'absence de textes³⁹. Ceci est clairement affirmé en 1967 par la chambre criminelle qui ne prend en considération

²⁹ Cass. crim., 5 octobre 1967, Bull. crim. n° 242.

³⁰ Cass. crim., 4 mars 1971, Bull. crim. n° 76.

³¹ Il s'agissait cette fois de safran qui avait été vendu sous la dénomination de « *safran pur* », alors qu'une quantité notable de matières étrangères y était additionnée.

³² Cass. crim., 15 janvier 1985, Bull. crim. n° 26.

³³ Cass. crim., 17 mai 1989, pourvoi n° 87-81.970.

³⁴ Cass. crim., 7 février 1994, Bull. crim. n° 54. Infraction aux art. 3 et s. du D. 7 décembre 1984.

³⁵ Cass. crim., 21 juillet 1971, Bull. crim. n° 234 ; JCP 1971, II, 16814.

³⁶ Cass. crim., 26 octobre 1992, pourvoi n° 92-80.080.

³⁷ Cass. crim., 22 mai 1991, pourvoi n° 90-62.852.

³⁸ Cass. crim., 16 novembre 1992, Bull. crim. n° 376. L'article 422-2° de l'ancien Code pénal fut écarté alors qu'une grande surface avait vendu des produits d'une certaine marque, qu'elle avait acquis auprès d'un grossiste. Le fabricant protesta car il n'avait pas donné son agrément à la grande surface. Les juges relèvent que les produits ont été régulièrement acquis et commercialisés dans des conditions conformes aux usages commerciaux, et que l'absence d'agrément du titulaire de la marque ne suffit pas à caractériser l'infraction.

³⁹ Voir notamment dans l'affaire du quatre-quart ou du miel « *Gâtinais* ».

la tradition bretonne concernant la recette du « *Quatre-quarts* » qu'en l'absence de réglementation. En 1985, dans l'affaire des miels « *Gâtinais* », la chambre criminelle a reproché aux juges du fond d'avoir discuté l'existence d'un usage, alors qu'il existait une réglementation en matière d'appellation des miels. Toute réglementation « *s'oppose audit usage* ». Cette référence à l'usage n'est-elle pas parfois indispensable ? Les juges ne l'admettent que lorsque la loi sur les fraudes et les réglementations qui l'accompagnent sont incomplètes. Ce caractère incomplet est presque inéluctable puisque les produits en vente pour lequel une erreur est susceptible d'être provoquée sont d'une infinie diversité ; certains n'existent pas encore... Prévoir toutes les possibilités de fraudes nécessite de nombreuses années d'expérience ; l'enrichissement du tissu législatif ne peut être que progressif. Dès lors, est-il bien nécessaire de légiférer dans des domaines extrêmement pointus, où les problèmes se posent de façon anecdotique et où les usages peuvent faire office de réglementation ? Le recours aux usages ne se ferait, en quelque sorte, qu'afin d'éviter un déni de justice ? Pourtant le principe de légalité impose que toute peine, comme tous les actes sanctionnés, soient décrits précisément dans un texte. Puisque tout ce qui n'est pas interdit est permis, les sanctions pénales de la tromperie qui consistent en un emprisonnement de deux ans et une amende de 250 000 francs⁴⁰, ne devraient être encourues que pour des faits incriminés par la loi. Il est choquant que de telles condamnations soient prononcées sur le fondement d'usages non validés, voire non écrits, l'opportunité de cette solution ne pouvant justifier la violation des principes fondamentaux. Affirmer que, compte tenu des textes existant, une personne n'est pas coupable de fraude, n'est pas un déni de justice.

Il demeure que cette référence existe. Il convient de se demander si ces conventions qui abordent souvent des préoccupations proches de la loi pénale pourraient être envisagées et utilisées par les juridictions répressives.

B - Tentative de rapprochement des divers Codes de bonne conduite de la notion d'usage.

9. De nombreux codes expriment une aspiration de leur auteur à une application directe en jurisprudence. La Chambre de Commerce Internationale préconise dans le préambule de chacun de ses codes que ceux-ci « *indiquent dans quel sens une harmonisation internationale des lois portant sur la promotion des ventes pourrait s'orienter* », mais aussi qu'ils « *servent aux tribunaux de document de référence dans le cadre de la loi nationale applicable* ». Cette démarche des tribunaux paraît plus concevable dans un système juridique anglo-saxon que dans le système français où les juges sont soumis à des lois plus précises, ou qui devraient l'être. Quels sont, parmi les divers codes internationaux, européens ou nationaux, ceux qui peuvent se prévaloir de la qualité d'usage et tout particulièrement d'usage commercial ? Ces codes peuvent-elles présenter un intérêt pour la juridiction pénale ? Un rapprochement de ces codes de la notion d'usage est une entreprise pavée d'obstacles quoique la notion d'usage commercial puisse être un point de ralliement (a). Le juge répressif a eu la possibilité d'utiliser ces codes dans quelques affaires (b). La généralisation de la qualification d'usage présenterait donc quelques intérêts (c).

a - Un rapprochement pavé d'obstacles.

10. La qualité d'usage de certains codes pose moins de problème lorsque ceux-ci s'intitulent eux-mêmes comme tels et constituent effectivement la rédaction de modes de travail régionaux ou anciens. Nous pensons aux codes réunissant les usages en matière de charcuterie, de produits de dinde, ou ceux, plus récents, concernant la production de viandes bovines. La qualification d'usage est en revanche beaucoup moins évidente pour les divers codes de bonne conduite en matière commerciale et tout particulièrement les codes élaborés au plan international.

Les auteurs rapprochent ou comparent les codes Incoterms de la Chambre de Commerce Internationale de la *Lex mercatoria* ou des principes d'Unidroit⁴¹. Ni la *Lex mercatoria*, ni les Principes d'Unidroit ne contiennent de

⁴⁰ article L. 213-1 du Code de la consommation.

⁴¹ L'existence de ces codes de la CCI serait même une des preuves de l'existence de la *Lex mercatoria*.

règles susceptibles d'être sanctionnées pénalement en droit français. Mais une comparaison des Incoterms avec ces autres institutions permet de définir leur nature. Les principes d'Incoterms sont comparables à la *Lex mercatoria* aux contours imprécis, puisqu'ils sont élaborés par les milieux professionnels du commerce international et sont spontanément suivis par ces milieux⁴². Ce rapprochement permettrait aux codes la Chambre de Commerce Internationale de recevoir le qualificatif d'usages commerciaux. Les Incoterms peuvent aussi être rapprochés des principes Unidroit, élaborés par l'Institut international pour l'unification du droit privé, qui proposent des règles de droit unifiées pour tous les contrats internationaux⁴³. En revanche, le rapprochement avec les Principes Unidroit, éloigne les Incoterms de la qualification d'usages commerciaux, car ces Principes sont une sorte de loi modèle ou d'étude de droit comparé, plus qu'une codification adressée à des professionnels⁴⁴ difficilement comparables aux usages commerciaux. Par ailleurs, les Principes publiés en 1994⁴⁵ furent élaborés par une organisation internationale composée de délégations d'Etat⁴⁶ et non par des professionnels comme le voudrait la qualité d'usage commercial et comme le sont les Incoterms. Dès lors, ils s'adressent plutôt aux Etats, comme modèle législatif⁴⁷, qu'aux opérateurs internationaux auxquels ils ne seront appliqués que s'ils sont expressément mentionnés dans le contrat⁴⁸. La démarche est différente de celle des Incoterms qui, recommandant aux Etats de s'inspirer de leurs recommandations pour l'harmonisation des législations, s'adressent essentiellement aux contractants.

Ceci suggère une première distinction entre les divers codes de bonne conduite, selon deux critères : la **composition de l'organisme qui les élabore et la qualité de leur destinataire**. La Chambre de Commerce Internationale est une organisation professionnelle qui, dans ses codes, s'adresse aux contractants du droit commercial international. Si cette organisation s'adresse parfois aux Etats à fins de recommandations, ce n'est que lorsque ses membres en ressentent le besoin. Son objectif consiste davantage en la préparation de textes de codification privée des usages du commerce international⁴⁹. Les Incoterms se rapprochent à cet égard de la notion d'usage commercial⁵⁰. Il en est de même pour les divers codes élaborés par des organisations professionnelles telles que le Syndicat français des entreprises de vente par correspondance, ou l'Association Européenne de vente par correspondance qui réunit, au plan européen, les organismes nationaux regroupant les professionnels.

11. Le statut d'usage commercial n'est pas acquis pour autant. Sont éventuellement admis, pour caractériser la culpabilité pour tromperies, certains usages **suffisamment constants** : usage concernant l'appellation traditionnelle du miel, de gâteaux, etc. Dans l'arrêt de 1967, le pourvoi proteste, arguant qu'un usage, à supposer qu'il puisse entraîner l'application d'une sanction pénale, doit être établi et non pas affirmé. La Cour de cassation relève effectivement que la tradition sur laquelle se sont appuyés les juges du fond est, à la fois un « *usage loyal et constant du commerce* » et un « *usage du consommateur* ». L'élément de durée semble important. Dès lors, il paraît douteux que la juridiction pénale tienne compte des divers codes d'apparition récente, tels que ceux élaborés par la Chambre de Commerce Internationale, ou tout autre code déjà évoqué et qui traite de situations relativement nouvelles : les traitements d'informations par fichier informatique ou les contrats de franchise ne peuvent être

C. Kessedjian, *Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes proposés par l'Unidroit*, Rev. crit. DIP 1995, p. 641, n° 46 et s. **C. Larroumet**, *La valeur des Principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international*, JCP 1997, I, 4011. **J. Stofflet**, *L'œuvre normative de la chambre de commerce internationale dans le domaine bancaire*, Etudes B. Goldman, p. 361.

⁴² **G. Cornu**, *Vocabulaire juridique*, PUF 1998, V° *Lex mercatoria*.

⁴³ Principes relatifs aux contrats du commerce international, publication d'Unidroit, Rome, 1994. Sur ces principes, voir par exemple **J.-P. Béraudo**, *Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international*, JCP 1995, I, 3842 ; **C. Larroumet**, préc. ; **G. Rouhette**, *Les codifications du droit des contrats*, Droits 1996, n° 24, p. 113, spéc. p. 114 et s.

⁴⁴ **C. Kessedjian**, préc., n° 13 et 22.

⁴⁵ Notamment au JCP 1995, III, 67399.

⁴⁶ **C. Kessedjian**, préc., n° 2, 6 et 11.

⁴⁷ Préambule alinéa 1, 5 et 6, Principes d'Unidroit, JCP 1995, III, 67399.

⁴⁸ Principes d'Unidroit, Préambule alinéa 2, préc.

⁴⁹ **C. Kessedjian**, préc., n° 17.

⁵⁰ Dans ce sens, notamment : **J. Stofflet**, préc., p. 361.

souçonnés de procéder de pratiques ancestrales⁵¹. Seules quelques dispositions des codes de la Chambre de Commerce Internationale peuvent se prévaloir d'une certaine ancienneté : les premières dispositions concernant la vente par correspondance datent de 1937. Cependant, il a été soutenu que, compte tenu de la rapidité des moyens d'informations modernes, cette durée ne serait plus nécessaire⁵². Cette idée, quoique fort contestée⁵³, fut soutenue au sujet des « *accords de Grenelle* » en 1968 : ces accords signés pour mettre fin à une grève paralysant le pays furent appliqués de façon générale quoique aucune convention n'ait été signée. Les codes de déontologie sont écrits et souvent signés, ce qui leur donne une notoriété, assure leur constance et permet leur généralité⁵⁴. Qui plus est, leur contenu implique que chaque professionnel considère ces règles comme s'imposant à lui. Ainsi, selon M. Goldman, les clauses d'un contrat-type pourraient devenir règles coutumières, « *puissant leur effectivité dans le consensus de la profession* »⁵⁵. La jurisprudence ne semble pas accorder une importance capitale à l'élément de durée en ce qui concerne les usages commerciaux, puisqu'elle qualifie comme tels des pratiques courantes entre deux entreprises. Dès lors que ces codes de bonne conduite recommandent le respect de pratiques traditionnelles ou des comportements devant s'imposer naturellement à certains professionnels, elles semblent bien pouvoir être qualifiées d'usages⁵⁶.

12. La jurisprudence de la chambre criminelle se montre peu inspirée par ces codes internationaux. L'arrêt du 4 mars 1971 de la chambre criminelle de la Cour de cassation⁵⁷ ne semble guère favorable à leur assimilation à des usages commerciaux. Dans cette affaire de fraude concernant du safran faussement qualifié de « pur », le pourvoi invoquait au titre des « *usages loyaux du commerce* » un projet d'unification des réglementations élaboré par l'Organisation internationale de normalisation. En réponse, la Cour de cassation a clairement distingué les « *usages constants et loyaux du commerce* », dont elle affirme qu'aucun n'a été invoqué par le pourvoi, et ce projet d'unification des réglementations, référence écartée car purement éventuelle et dépourvue de pertinence. Doit-on en conclure que les codes mis au point par la Chambre de Commerce Internationale, cherchant précisément à servir l'harmonisation des législations, seront considérés de la même manière par les juridictions répressives ? S'ils ne peuvent être vus comme usages commerciaux, aucune application directe par la juridiction pénale n'est envisageable. Cependant, il est possible que la Cour de cassation ait rejeté la qualification d'usage en raison du faible degré d'avancement de ces travaux qui n'en étaient qu'au stade de « projet » au moment où ils furent invoqués devant les juges. Un seul arrêt à notre connaissance donne un avis sur la nature des « *Incoterms* » et c'est la qualification d'usage commercial qui est retenue. Il s'agit d'un arrêt de rejet de la chambre commerciale de la Cour de cassation, en date du 2 octobre 1990 qui affirme : « *les parties peuvent déroger librement par des stipulations particulières aux règles dites "Incoterms", lesquelles résultent uniquement des usages commerciaux* »⁵⁸. Il serait donc possible de qualifier d'usages ces conventions de bonne conduite élaborées par des professionnels⁵⁹.

13. Un autre obstacle s'oppose à la qualification d'usage : les auteurs s'accordent pour affirmer que ces codes ne sont applicables aux contractants que s'ils les visent expressément dans leurs contrats⁶⁰. De véritables usages commerciaux devraient **s'appliquer automatiquement en cas de carence ou d'absence de loi**

⁵¹ Dans ce sens, **G. Farjat**, préc., p. 54.

⁵² **B. Starck**, *Réflexion sur les sources informelles du droit*, JCP 1970, I, 2363. Voir aussi **G. Farjat**, préc., p. 62.

⁵³ **J. Ghestin**, *Traité de droit civil, introduction générale*, LGDJ 1994, 4^{ème} éd., n° 544.

⁵⁴ Quoique **G. Farjat**, préc., p. 55, observe que « *Coutumes et usages sont censés venir de nulle part, or les Codes sont signés !* ».

⁵⁵ **B. Goldman**, *Frontière du droit et lex mercatoria*, APD, T. IX, p. 180.

⁵⁶ Auquel cas ils sont inférieurs à la loi française, comme tous les usages internationaux, conformément à ce qu'a pu affirmer le Conseil d'Etat, le 6 juin 1997 (arrêt Aquarone), JCP 1997, II, 22945.

⁵⁷ Cass. crim., 4 mars 1971, Bull. crim. n° 76.

⁵⁸ Cass. crim., 2 octobre 1990, Bull. crim. n° 222.

⁵⁹ Dans le sens d'une qualification de ces codes en usages, **G. Farjat**, préc., p. 61 et 62.

⁶⁰ **C. Kessedjian**, préc., n° 49 ; **C. Larroumet**, préc. n° 3.

applicable. On ne peut exclure que les auteurs se trompent sur ce point et que ces codes s'appliquent automatiquement en cas de carence ou d'absence de solution légale. Ces conventions, si elles doivent être qualifiées d'usages commerciaux, s'appliqueront lorsque la loi ne permet pas d'apporter une solution au litige et si les contractants eux-mêmes n'ont prévu aucune clause qui s'oppose et l'emporte face aux dispositions usuelles.

Un arrêt de la chambre commerciale du 29 juin 1993 permet de douter de cette solution en ce qui concerne un des codes établis par la Chambre de commerce internationale : dans un litige opposant la société Havas Média à la société Oberlin Produits Services Diffusion, la chambre commerciale retient que « *la société OPSD ne faisait pas partie de la chambre syndicale de la publicité extérieure qui avait édicté un "Code de pratiques loyales en matière d'exploitation d'emplacements publicitaires",... ne pouvait se voir imposer une obligation qui lui était contractuellement étrangère* »⁶¹. M. Osman conclut que, si l'adhésion au code est volontaire, sa force obligatoire « *ne peut être que celle d'une convention, avec l'effet relatif qui s'y attache en vertu de l'article 1165 du Code civil* »⁶². L'auteur relève cependant que cet arrêt est critiquable justement en raison de sa « *vision contractualiste de l'ordre juridique privé* » : d'autres arrêts répondent favorablement aux demandeurs qui invoquent l'article 1382 du Code civil, « *supputant que le Code de conduite traduisait un standard de comportement* », ou des « *usages-règles* ». Ces « usages » s'appliqueraient de façon générale aux professionnels visés par les codes, mais seulement à eux⁶³.

Ces codes, parce qu'ils recommandent des pratiques souvent déjà existantes et parce qu'ils sont généralement bien acceptés et respectés par les professionnels, peuvent être rapprochés de la notion d'usage. Il existe quelques traces de ces codes de bonne conduite non officialisées dans la jurisprudence pénale qui les a qualifiées d'usages commerciaux.

b - Quelques cas d'utilisation de ces conventions de bonne conduite par le juge pénal.

14. Quoique les arrêts ne donnent aucune origine explicite à cette évolution, il est probable que certains ajouts opérés par les juridictions répressives à l'article 44-I de la loi Royer du 27 décembre 1973 sur la publicité mensongère, le furent sous l'influence de Codes de bonne conduite. Cette disposition, devenue l'article L. 121-1 du Code de la consommation, souffre d'un tel manque de précision dans ses éléments d'incrimination que les juges ont dû en préciser les modalités d'application. Alors que le texte ne fait nullement référence aux capacités de compréhension ou au comportement du destinataire de la publicité litigieuse, les juges ont recouru à ces critères afin de mesurer le caractère trompeur des publicités particulièrement emphatiques. La jurisprudence a introduit la notion de « *consommateur moyen* », ou celle de « *consommateur non-initié* »⁶⁴. Il est probable que cet ajout aux dispositions légales s'opéra sous l'influence des consignes données par le Bureau de Vérification de la Publicité, lui-même inspiré du code de pratiques loyales en matière de publicité créé par la Chambre de commerce internationale⁶⁵.

Toujours en matière de publicité mensongère, le juge a pu qualifier cette infraction en constatant qu'une charte invoquée dans de nombreuses publicités, n'était pas respectée par ses membres : en l'espèce, la « *Chartes du boulanger authentique* » fut qualifiée de publicité mensongère car dix boulangers pris au hasard ne respectaient pas entièrement leurs engagements sur les règles d'hygiène et de fabrication⁶⁶.

⁶¹ Cass. com. 29 juin 1993, Quot. jur. 4 janvier 1994, p. 4.

⁶² F. Osman, préc., p. 523.

⁶³ P. Fouchard, *Les usages, l'arbitre et le juge*, Etudes B. Goldman, Litec 1982, p. 67, spéc. p. 78.

⁶⁴ Cass. crim., 25 juin 1984, Bull. crim. n° 184 ; D. 1984, p. 490. Ainsi, l'arrêt du 21 mai 1984 de la chambre criminelle approuve la relaxe du prévenu par référence « *à l'optique du consommateur moyen* » et en tenant compte « *du degré de discernement et du sens critique de la moyenne des consommateurs* » ; en l'espèce, « *l'outrance ou l'exagération de l'image publicitaire ne peut finalement tromper personne* ». Cass. crim., 21 mai 1984, D. 1985, p. 105 ; voir aussi, Cass. crim. 5 avril 1990, D. 1990, IR. 145.

⁶⁵ En ce sens, F. Osman, préc., p. 525.

⁶⁶ Cass. crim., 15 décembre 1992, Bull. crim. n° 420.

La publicité n'est pas le seul domaine du droit pénal des contrats où le juge qualifie l'infraction grâce à des conventions. Le domaine des fraudes est, à cet égard, un terrain privilégié. Le « *Code des usages de la charcuterie et des conserves de viande* » fut publié en 1969 et réactualisé en 1986. Il existe un « *Code des bonnes pratiques des produits élaborés à base de dinde* » datant de 1980. Ces deux codes sont reconnus par la direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes⁶⁷ et ont valeur de règlements administratifs. De façon plus inattendue, ils bénéficient d'une certaine reconnaissance devant les juridictions pénales puisque, dans plusieurs arrêts, ils apparaissent parmi les éléments servant à caractériser des fraudes. La Cour de cassation a même confirmé que ces codes s'appliquent à tout produit commercialisé en France, même s'il est fabriqué à l'étranger : ces réglementations n'entraînent pas un régime discriminatoire pour les producteurs français qui ne peuvent y échapper en invoquant l'interdiction des discriminations posée par le Traité de Rome⁶⁸. Cependant, la chambre criminelle n'assimile pas ces codes à une réglementation mais à des faits : dans son arrêt du 12 décembre 1991⁶⁹, elle affirme la souveraineté des juges du fond quant à l'interprétation des éléments de fait, « *parmi lesquels les usages* ». Il est sans doute abusif de leur conférer une valeur légale. Ces codes ne contribuent à la caractérisation de fraude qu'en tant que simples usages commerciaux, leur reconnaissance par l'administration n'étant jamais soulignée que par les juges du fond⁷⁰.

Mais il semble que la Cour de cassation évite, si elle le peut, de passer par ces usages « officiels » : ainsi, dans une affaire dans laquelle les deux codes étaient en concurrence puisqu'il s'agissait d'un « Jambon de dinde », les juges de la Cour de cassation se sont contentés d'affirmer que la dénomination ne présentait pas de risque de confusion pour le consommateur, ce qui est un élément constitutif de l'infraction⁷¹.

Il existe des accords conclus entre les professionnels de la filière de la viande rouge bovine. Leur utilisation par la juridiction pénale dans la qualification de fraude ou falsification sera d'autant plus aisée que cet accord a été étendu par arrêté ministériel. Il pourrait bénéficier du même type de reconnaissance légale que les conventions collectives en droit du travail.

15. Sans forcément les utiliser, la juridiction pénale peut asseoir les règles professionnelles en précisant leur définition. La Cour de cassation a ainsi conforté une pratique des vendeurs par correspondance pourtant critiquable consistant à délivrer au client une chose très proche de la commande en cas d'impossibilité de livrer la chose initialement demandée⁷². Ainsi, la Cour a pu déclarer que « *les règles professionnelles concernant la pratique des articles de substitution ne dispensent pas la société de vente par correspondance de respecter la législation sur la publicité trompeuse* »⁷³ ; les juges exigent seulement que soit indiquée la composition exacte des produits présentés et que le remplacement de l'objet commandé ne soit pas prémédité et organisé.

Le juge pénal a aussi utilisé des codes de bonne conduite non officiels, en passant par la notion d'usages. Une généralisation de cette qualification d'usage présenterait-elle un intérêt pratique pour ce juge ?

c - Intérêt de cette qualification d'usage.

16. La rareté de ces conventions de bonne conduite dans la jurisprudence répressive est peut-être due au fait qu'elles ont peu apporté à l'application des textes d'incrimination déjà existants. Si ces recueils de règles privées

⁶⁷ Cass. crim., 7 février 1994, Bull. crim. n° 54 ; 20 décembre 1995, pourvoi n° 95-80.198.

⁶⁸ Cass. crim., 2 février 1994, Bull. crim. n° 51.

⁶⁹ Cass. crim., 12 décembre 1992, pourvoi n° 90-86.496.

⁷⁰ Voir dans l'arrêt Cass. crim., 7 février 1994, Bull. crim. n° 54, les arguments de la cour d'appel de Poitiers.

Voir les condamnations pour infraction à la loi de 1905, fondées sur les usages de la charcuterie ou des produits de dindes : Cass. crim., 24 août 1993, pourvoi n° 92-86.556 ; 12 décembre 1991, pourvoi n° 90-86.496 ; 2 février 1994, Bull. crim. n° 51 ; 20 décembre 1995, pourvoi n° 95-80.198.

⁷¹ Cass. crim., 7 février 1994, Bull. crim. n° 54.

⁷² Voir *supra* n° 11, pour un rapprochement avec la vente forcée.

⁷³ Cass. crim., 10 janvier 1996, pourvoi n° 95-81.307.

jouent un rôle, c'est en atténuant peut-être le volume du contentieux, dans la mesure où ils rappellent aux professionnels les règles essentielles à respecter.

Cependant, si ces codes n'ajoutent guère d'éléments matériels aux dispositions pénales existantes, elles pourraient s'avérer de plus en plus utiles si le législateur persiste à définir de façon très vague certaines infractions. Pour caractériser une fraude fiscale, un arrêt avait dû recourir aux usages : « *Les documents comptables n'étaient pas conformes aux exigences légales et usages professionnels ... et ne constituaient pas la comptabilité complète régulière et probante exigée par les articles 8 et 9 du Code de commerce* »⁷⁴. Il en est de même en matière de publicité mensongère ou pour certaines tromperies⁷⁵. Les codes permettent aux juges de mesurer la faute-élément matériel à l'aune d'un standard professionnel. Notons que le principe de légalité criminelle en est d'autant plus affecté puisque ces règles sont vouées à une évolution permanente⁷⁶.

Ces codes de bonne conduite pourraient se révéler fort utiles en ce qui concerne la caractérisation de l'élément moral des infractions. L'existence de ces conventions d'autodiscipline, leur connaissance par l'accusé et éventuellement, s'il y a lieu, l'adhésion à ces conventions, permettraient de caractériser l'élément moral d'un comportement matériellement infractionnel⁷⁷.

17. Quoi qu'il en soit, si ces codes de bonne conduite peuvent être d'une quelconque utilité aux juridictions répressives, il est probable que celles-ci n'hésiteront pas à les utiliser, d'autant que le législateur lui-même s'y est jadis montré favorable. Une loi pénale aujourd'hui abrogée ouvrait une possibilité de tenir compte des usages commerciaux pour caractériser le délit de pratique de prix illicite. En effet, l'article 37 - 1 de l'ordonnance de 1945 précisait : « *Est assimilé à la pratique de prix illicite le fait : 1- Par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan : a) de refuser de satisfaire, dans la mesure de ses disponibilités et dans les conditions conformes aux usages commerciaux, aux demandes des acheteurs ...* ». Le délit pouvait être constitué, par exemple, si le vendeur n'accordait pas à l'acheteur les délais de paiement habituels.

Certes, on peut se réjouir de ce que ces codes reflètent une certaine moralisation des rapports privés⁷⁸ ; leur prise en compte par le juge pénal profite à l'efficacité de textes de droit insuffisants et ils visent à protéger des contractants faibles : le franchisé, le consommateur, etc. La perspective d'une intervention de la juridiction pénale garantit même, en ce cas, le respect des codes de bonne conduite dont on ne peut espérer une réelle application qu'entre contractants de force économique comparable⁷⁹. Selon M. Farjat, « *l'intervention de l'Etat serait plutôt justifiée par les carences des codes que par leur présence* ». Il demeure cependant que le principe fondateur et démocratique du droit pénal qu'est la légalité criminelle risque d'être, une fois de plus, mis à mal.

Par ailleurs, alors que ces codes de bonne conduite participent à la contractualisation de la société, la réappropriation de ce droit non-étatique⁸⁰ par les diverses juridictions nie cette dimension et empêchera nécessairement leur évolution, alors que la malléabilité procède de leur nature. Le « *Groupe de personnalités de l'ONU* » rejoint cette idée lorsqu'il affirme : « *Un code de conduite peut être un ensemble global de*

⁷⁴ Cass. crim., 22 mai 1991, pourvoi n° 90-82. 852.

⁷⁵ Voir *supra* n° 32.

⁷⁶ **M. Bettati**, *Réflexions sur la portée du Code international de conduite pour le transfert de technologie : éloge de l'ambiguïté*, in *Droit et libertés à la fin du XX^e siècle. Influence des données économiques et technologiques*, Etudes C.-A. Colliard, Pédone, 1984, p. 102.

⁷⁷ Un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 16 décembre 1987 relève, dans cet ordre d'idée, l'existence d'usages commerciaux entre deux entreprises ; elle en déduit, considérant le contenu de ces usages, que l'élément intentionnel de l'infraction d'usage de faux n'est pas suffisamment caractérisé. Notons toutefois que la Cour de cassation a censuré cet arrêt le 14 mars 1989 (Pourvoi n° 88-80.035) car les juges du fond n'avaient pas examiné tous les chefs d'inculpation. Cette méthode des juges du fond n'a pas reçu d'approbation explicite de la part de la chambre criminelle.

⁷⁸ Quoique les auteurs rappellent que **Durkheim** contestait l'existence d'une morale professionnelle qui n'existerait « *qu'à l'état rudimentaire* » ; *De la division du travail social*, préface de la 2^{ème} éd., PUF, 1996, p. II. Cité par **G. Farjat**, préc., p. 64 ; **F. Osman**, préc., p. 512 ; **M. Delmas-Marty**, *Droit pénal des affaires*, T. I, PUF Thémis 1990, p. 37.

⁷⁹ **G. Farjat**, préc., p. 66.

⁸⁰ Auquel les Etats sont favorables, comme le démontre **G. Farjat**, préc., p. 57.

recommandations qui sont élaborées progressivement et qui peuvent être révisées lorsque l'expérience et les circonstances le justifient »⁸¹. C'est ce caractère évolutif qui conduit les auteurs à parler de « *droit vert* », « *droit mou* », « *droit créé en douceur* »,...⁸².

Les codes contribuent à l'effectivité de la loi pénale puisque en suppléant les textes, ils préviennent les infractions. Cependant, on peut penser que l'activité des juridictions pénales diminue en même temps que le nombre d'infractions constatées. Les juges, faute de moyens, ne sont pas en mesure de mettre les menaces de l'Etat à exécution et jouent le seul rôle d'épouvantail. L'œuvre normative des sujets de droit parvient à faire régner un « *droit de bonne foi* »⁸³.

Octobre 1999

⁸¹ Doc. ONU E /5500, p. 62, cité par **G. Farjat**, préc., p. 48.

⁸² **G. Farjat**, préc. , p. 48 ; **F. Osman**, préc., p. 509.

⁸³ **P. Gothot**, *Le non-droit : précautions introductives*, Séminaire de Liège sur L'hypothèse du non-droit, 1978, p. 31. Voir **G. Farjat**, préc., p. 60.